

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LES STIPULATIONS
DANS
L'INTÉRÊT DES TIERS
DANS LES
CONTRATS ADMINISTRATIFS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 12 Janvier 1910, à 3 heures

PAR

MAURICE DELAMAIN

Président : M. MARC SAUZET

Suffragants :) MM. CHÉNON, professeur
JÈZE, agrégé

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LES STIPULATIONS
DANS
L'INTÉRÊT DES TIERS
DANS LES
CONTRATS ADMINISTRATIFS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le Mercredi 12 Janvier 1910, à 3 heures

PAR

MAURICE DELAMAIN

Président : M. MARC SAUZET

Suffragants : { MM. CHÉNON, professeur
JÈZE, agrégé

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910





Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

L'étude qu'on va lire a été faite à un point de vue juridique. Ce n'est pas que nous ayons méconnu l'importance économique de certaines des stipulations que nous examinerons : elle a été mise en lumière dans de nombreux ouvrages, et nous nous contentons de l'indiquer seulement à l'occasion, à titre de complément et pour montrer que la question juridique à résoudre n'est pas pratiquement vaine.

La matière des stipulations en faveur des particuliers nous a paru intéressante à raison des difficultés d'ordre particulier qu'elle soulève. Relevant en même temps du droit privé et du droit public, donnant lieu à des litiges de la compétence des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs, elle comporte des distinctions qui ont pour but le respect des domaines des parties du droit et des juridictions en présence. Ces distinctions auront pour effet de permettre de répondre d'une façon satisfaisante aux questions de légalité des clauses dont il sera parlé, et surtout aux questions des sanctions qui en assureront l'exécution.

La théorie de la stipulation, pour autrui en droit privé,

trouvera là des applications par lesquelles, élargie plus qu'en toute autre matière, elle prouvera sa fécondité et son utilité comme agent d'évolution du droit dans le but de satisfaire des besoins juridiques modernes. D'autre part, à propos d'une catégorie très importante des stipulations en faveur des tiers, celle des stipulations en faveur du public, nous devons abandonner les prescriptions du droit civil pour adopter des règles déduites des rapports entre les administrateurs et les administrés.

Cette étude ne sera pas une, en effet.

Elle traitera bien de stipulations qui toutes sont insérées dans des contrats administratifs au profit de personnes autres que les signataires, et qui toutes sont valables et opérantes par l'effet d'un même principe juridique, et cela suffit pour nous justifier de les avoir réunies sous un même titre, d'autant plus qu'un des intérêts de cette thèse est que par ailleurs on ne les confonde point.

Mais ce rapport établi, nous nous hâterons de distinguer parmi ces clauses deux grandes catégories. 1^o Les stipulations pour autrui du droit commun employées dans les contrats administratifs. 2^o Les stipulations faites par l'administration au profit d'une classe particulière de tiers, au profit du public, et qui relèvent du droit administratif.

Chacune de ces catégories fera l'objet d'un Livre.

LES STIPULATIONS
DANS
L'INTÉRÊT DES TIERS
DANS LES
CONTRATS ADMINISTRATIFS

LIVRE I

Les stipulations pour autrui du droit commun.

Les personnes publiques, pour la gestion de leurs intérêts, ont à faire des contrats du droit commun. Sans doute elles peuvent faire des contrats inconnus au droit commun et auxquels des règles particulières peuvent s'appliquer, mais elles peuvent parfaitement rester dans les termes du droit commun. C'est ce qu'elles font couramment dans la gestion de leur domaine privé et pour assurer la marche de services publics. Dans les contrats qu'elles passent, rien donc ne les empêche d'insérer des clauses en faveur des tiers conformément aux règles du droit civil. En fait, elles usent largement de cette faculté.

Etudions donc tout d'abord, sans y insister, car nous ne

faisons pas une étude de la stipulation pour autrui en général, les règles applicables en droit commun à la stipulation pour autrui. Nous verrons ensuite l'utilisation qui en a été faite dans les contrats administratifs, notamment dans les adjudications de travaux publics ou de fournitures, et la jurisprudence qui s'est manifestée à cette occasion. Un chapitre spécial sera consacré aux diverses sanctions qui peuvent être mises en jeu par les intéressés, en vue de l'exécution des stipulations.

CHAPITRE I

RÈGLES DU DROIT COMMUN

1° *Définition.* — La stipulation pour autrui est une convention en vertu de laquelle un contractant, appelé stipulant, insère dans un contrat un droit de créance au profit d'un tiers, dit bénéficiaire, à l'encontre d'un autre contractant, appelé promettant, droit qui est garanti par une action en exécution de l'obligation.

2° *Histoire et Principe.* — Cette opération était impossible en droit romain. Un principe absolu, qui a été en vigueur de tout temps chez les Romains, s'y opposait : *Alteri stipulari nemo potest*. Rien ne faisait obstacle, dans la logique juridique, à ce qu'une pareille stipulation fût valablement et efficacement insérée dans un contrat. Mais une conception philosophique dominait cette matière : la liberté est l'état naturel, l'obligation qui enchaîne l'homme est une situation inférieure, qui ne doit exister qu'en cas de nécessité ; d'où la règle que personne ne pouvait s'obliger sans intérêt pécuniaire ou évaluable en argent (1). Or, les

(1) Cette idée a été clairement développée par Doneau (*œuvres complètes*, 3^e vol., XII, 17, §17). Elle est soutenue par Savigny (*Droit des obligations*,

jurisconsultes romains affirmaient, et c'était là assurément une conception étroite, que le stipulant pour autrui n'avait pas intérêt à l'exécution de la stipulation (1).

Cette règle restrictive a fait l'objet d'une intéressante évolution dans notre ancien droit. A Rome, elle s'était maintenue parce que les relations sociales de l'époque n'avaient pas fait naître la nécessité de dispositions plus larges. Les jurisconsultes romains n'ont même pas connu l'importance de la question et ne se sont pas efforcés de la résoudre (2). Au contraire, les jurisconsultes postérieurs, tout en conservant le principe, l'élargirent d'une façon telle qu'on peut dire qu'il disparut. En effet, mis en face de nécessités pratiques et après des hésitations (3) et des confusions (notamment entre la stipulation pour autrui et la représentation), ils admirent (4) qu'on pouvait contracter au profit d'un tiers et par là donner à ce dernier une action, à condition que cette stipulation ne fût pas l'objet unique du contrat, mais accompagnât une donation quelconque faite par le stipulant au promettant. C'était en somme renverser la vieille règle. Cette possibilité de la stipulation pour un tiers fut admise par nos anciens auteurs comme une exception

Traduction. Paris, 1863, in-8°, Chap I, § 2, p. 10), pour l'époque actuelle.

(1) Champeau, *La stipulation pour autrui*, Thèse, 1893, p. 182.

(2) Le droit romain avait sans doute apporté au principes quelques exceptions, il avait notamment accordé une « action utile » au bénéficiaire du « modus » dans une donation « dub modo ». Mais la règle subsistait dans sa portée générale.

(3) Tout d'abord ils admirent que l'obligation du promettant vis-à-vis du bénéficiaire n'était qu'une obligation naturelle.

(4) Comme d'ailleurs l'avaient toujours admis les juristes germaniques.

pure et simple au principe de la personnalité des contrats ou comme une conséquence de la théorie de la gestion d'affaires (1). Quant au principe d'après lequel on ne peut pas stipuler sans intérêt pécuniaire, ils n'en tinrent pas compte, estimant que le promettant devait exécuter les engagements qu'il avait pris au contrat, et qu'un intérêt purement moral était une cause suffisante de ces engagements.

Les rédacteurs du Code n'ont en rien innové en ce qui concerne la stipulation pour autrui. L'article 1119 pose en principe qu'on ne peut stipuler que pour soi-même : c'est la vieille règle romaine ; et l'article 1121 lui apporte des exceptions qui la détruisent à peu près. « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter. » Par ce texte les rédacteurs du Code ont purement et simplement voulu conserver la théorie édictée par nos anciens auteurs. L'absence presque absolue de commentaires de leur part sur les articles 1119 et 1121 doit faire écarter toute idée d'innovation.

L'article 1121 resta longtemps inappliqué. Les anciennes utilisations de la stipulation pour autrui, en raison desquelles la règle romaine avait été abandonnée, n'existaient

(1) Voyez Lambert, *La stipulation pour autrui*, Thèse, 1893, p. 70. Pothier faisait appel à la gestion d'affaires. Voyez aussi Champeau, *op. cit.*, p. 18 et 42 de la *Thèse française*.

plus à l'époque qui suivit le Code. Mais le contrat en faveur de tiers est un procédé d'une extrême souplesse et d'une très précieuse fécondité. Il permet d'obtenir des résultats souhaitables en face de besoins nouveaux, sans intervention législative : il suffit de l'adapter. Aussi, à partir de 1860 vit-on se développer son emploi pour le fonctionnement d'institutions toutes modernes : assurance sur la vie au profit de tiers, assurance contre les accidents au profit des ouvriers, fondations. Le domaine où on a fait le plus large usage de la stipulation pour autrui est celui du droit administratif, et c'est précisément cet usage qui fait l'objet de la présente étude.

Ces applications nouvelles d'un principe ancien n'ont d'ailleurs été possibles que par une interprétation extensive des textes par la jurisprudence. On peut dire actuellement qu'il ne reste plus rien de l'adage : *Nemo alteri stipulari potest*.

Nous ne nous attarderons pas à l'examen des diverses théories juridiques de la stipulation pour autrui, par lesquelles on s'est efforcé d'expliquer qu'un tiers puisse tenir une action d'un contrat où il n'est pas partie. La théorie la plus simple est celle qui s'autorise de nos anciens auteurs, celle de la création directe de l'action au profit du tiers par l'effet d'une exception au principe de la personnalité des contrats (1). On a reproché à cette théorie d'exposer plutôt que d'expliquer l'effet d'une stipulation pour

(1) Lambert, *op. cit.* Champeau, *op. cit.* Saleilles, *Théorie de l'obligation*, n° 247.

autrui. Peut-être en effet, si l'on veut expliquer philosophiquement la naissance du droit du bénéficiaire, doit-on en arriver à l'idée d'obligation du promettant par engagement unilatéral, idée qui est en général rejetée à cause de la difficulté de prouver un engagement dont personne n'a pris acte, mais qui est admissible au cas spécial où, à défaut du bénéficiaire, un stipulant l'a inscrit dans son contrat, l'a « enchâssé dans une convention parfaite à laquelle il emprunte les éléments de détermination dont l'absence ne permet pas d'ordinaire de lui reconnaître quelque effet » (1). La théorie traditionnelle, ainsi justifiée, nous paraît, de toutes, la meilleure.

Les auteurs qui assimilent toute stipulation pour autrui à une gestion d'affaires nous paraissent élargir d'une façon excessive le cadre de ce dernier contrat (2). Il y a en effet une certaine proximité entre les deux idées et on peut être indécis pour attribuer telle disposition d'un contrat au domaine de l'une d'elle et non à celui de l'autre. Mais à notre avis la stipulation pour autrui est exclusive de la représentation. Il n'y a entre le stipulant et le tiers ni contrat ni quasi-contrat. Au contraire, la gestion d'affaires n'est autre chose qu'une représentation sans mandat. Dans la représentation la personnalité du représentant s'efface devant celle du représenté : le premier n'apparaît au contrat que d'une façon accidentelle et accessoire. Au contraire,

(1) Champeau, p. 107.

(2) Demolombe, t. XXIV, nos 236 et suiv. Planiol, *Traité élémentaire du droit civil*, 1902, t. II, n° 2273 et suiv.

dans la stipulation pour autrui le stipulant joue un rôle personnel considérable et fournit l'équivalent de la prestation qu'il stipule au profit du tiers. Les deux situations ne peuvent être confondues. Il est inutile dans notre régime moderne de la liberté des conventions de faire appel à un contrat admis et catalogué pour justifier un contrat nouveau ; on risque en le faisant de mettre la confusion dans les appellations juridiques, et sans profit. D'ailleurs, les termes de l'article 1119 sont absolument contraires à une assimilation de la stipulation pour autrui et de la gestion d'affaires : il dit que nul ne peut « en son propre nom » stipuler pour autrui (1).

La jurisprudence a adopté une autre doctrine (2) qui est généralement critiquée. Voulant justifier l'octroi d'une action au tiers, on dit que le stipulant fait l'offre au tiers de la prestation qu'il stipule du promettant. Le tiers par son acceptation rend complet le contrat synallagmatique qui le lie au stipulant, et ainsi toute l'opération rentre dans les conditions ordinaires des conventions. Cette théorie, soutenue par Laurent (3), a été adoptée par les arrêts quand l'assurance-vie a rendu nécessaire une utilisation nouvelle de la stipulation pour autrui. Mais les tribunaux l'ont accommodée aux besoins de la pratique. Ils ont admis que l'acceptation des tiers remontait, pour ses effets, au mo-

(1) Champeau, *op. cit.*, p. 40 et suiv. Lambert, *op. cit.*, p. 21 et 22.

(2) Il y a d'autres théories dont l'exposé n'est pas essentiel dans cette étude, et dont nous ne parlons pas : thèse de M. Thaller, thèse de M. Boistel. V. les ouvrages de MM. Champeau et Lambert.

(3) *Principe du droit civil*, t. XV, nos 559 et suiv.

ment du contrat primitif; que le tiers avait un droit personnel, et une action, contre le promettant avec lequel il n'a pourtant point contracté. Ces règles ne sont rien moins que les conséquences logiques des principes de la doctrine de l'offre : la jurisprudence en les adoptant, et en en adoptant d'autres qui sont directement contraires à ces principes (1), a fait œuvre d'opportunité; c'est pourquoi la théorie de l'offre, inacceptable au point de vue juridique, n'a pourtant pas nui au développement de la stipulation pour autrui, notamment en droit administratif.

3° *Examen des règles de la stipulation pour autrui.* — Voyons maintenant rapidement les règles applicables en droit commun à la stipulation pour autrui. Il y a à examiner : a) les conditions de légalité; b) la révocation et l'acceptation; c) les effets.

a) Les conditions de validité du contrat en faveur de tiers sont tout d'abord toutes celles qui s'imposent aux contrats en général : capacité des contractants, validité du consentement, etc. D'autre part, il faudra que le stipulant n'ait pas agi par représentation, mais ait bien contracté *proprio nomine*, sans quoi le contrat ne serait point un contrat en faveur de tiers proprement dit. Enfin il faut que la stipulation faite pour autrui soit faite à l'occasion de certains rapports entre le stipulant et le promettant; en d'autres termes, le stipulant doit être personnellement intéressé dans le contrat d'une façon quelconque.

(1) V. Labbé, sous Douai, 6 novembre 1886, S., 1888, 2, 97. Labbé, sous Cassation, 2 juillet 1884, S., 1885, 1, 5. Lambert, *op. cit.*, p. 25-26.

Cette exigence est tout ce qui reste des restrictions édictées en ce sens par l'art. 1121. « On peut... stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. » La jurisprudence a sagement élargi la portée de ce texte qui, interprété littéralement, aurait été à l'encontre des nécessités de la pratique ; dans le cas où le stipulant n'aurait rien à stipuler pour lui-même au contrat, il lui est facile de valider la stipulation au profit du tiers par l'adjonction d'une clause pénale à son profit qui sanctionne l'obligation du promettant vis-à-vis du bénéficiaire.

Il faut encore, pour que le contrat soit valable, qu'il soit tel qu'il en résulte un droit personnel pour le bénéficiaire. Cela résulte des termes employés et de l'intention des parties. Notamment il faut que le promettant ait entendu agir dans l'intérêt du tiers et non pas dans son intérêt propre uniquement. Nous trouverons de fréquentes décisions faisant application de ce principe. A la vérité, il n'y aurait point de stipulation pour autrui si autrui ne pouvait pas en profiter.

Il n'y a pas que les conditions que nous venons d'énumérer qui soient nécessaires pour qu'une stipulation profite à des tiers : ceux-ci doivent eux-mêmes être capables d'en jouir.

Dans le cas où le tiers est déterminé et vivant, il peut naturellement profiter de la stipulation pourvu qu'il ait la capacité d'acquiescer.

Mais des problèmes très importants, surtout au point de vue spécial auquel nous nous plaçons dans cette étude, doivent être soulevés : Peut-on stipuler au profit d'une personne indéterminée ? au profit d'une personne future.

Pour l'indétermination, c'est-à-dire l'absence de désignation individuelle au contrat, il n'y a pas lieu à beaucoup d'hésitation. Peu importe cette indétermination, pourvu que l'individualité du bénéficiaire puisse être précisée au moment de l'exécution de la clause. Sans doute un groupe de bénéficiaires désignés collectivement peut s'accroître ou se diminuer, mais ces modifications ont été prévues comme possibles par le stipulant, et cela n'altère point sa manifestation de volonté (1). Le défaut de détermination seul est capable de rendre le contrat sans portée.

La jurisprudence sur cette question est peu nette : elle n'a pas de système général. Elle admet la stipulation pour des personnes indéterminées en différentes hypothèses importantes dont les principales sont (2) : 1° l'assurance « pour le compte de qui il appartiendra » qui est d'un emploi courant ; 2° les fondations au profit des pauvres par actes entre vifs ; 3° les clauses insérées dans les cahiers des charges d'adjudications de travaux publics au profit des ouvriers. Nous aurons à revenir sur cette dernière hypothèse.

La question des stipulations en faveur des personnes futures

(1) Dans la théorie de la création directe du droit des tiers le droit se crée immédiatement, ce qui semble écarter l'idée d'une détermination après coup : mais on suppose que les contractants ont subordonné la naissance du droit à un terme.

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 141 et suiv, nos 131, 132, 133.

est plus délicate. On peut soutenir qu'un droit ne peut pas avoir une personne inexistante comme bénéficiaire. Cependant cette raison n'est pas suffisante, car il n'est pas nécessaire qu'un acte juridique produise ses effets immédiatement, et il suffit pour qu'il soit valable qu'il y ait un bénéficiaire au moment où ces effets se produisent (1). A ce raisonnement théorique viennent s'ajouter les nécessités de la pratique. De plus en plus les intérêts collectifs se traitent dans des contrats collectifs qui seraient parfaitement inutiles si le mandataire d'un groupe d'individus (ouvriers, par exemple) ne représentait que les personnes faisant partie actuellement de ce groupe et non tous ceux qui successivement y appartiendront. Ce qu'on admet pour la représentation doit être admis pour la stipulation pour autrui : il faut que les clauses insérées dans les contrats administratifs aient leur effet sur tous les membres composants actuels ou à venir. Même nécessité pour les assurances souscrites par les patrons au profit des ouvriers et pour les fondations.

De la jurisprudence ne ressortent pas des principes bien nets. Elle a refusé jusqu'ici tout effet à l'assurance-vie contractée en faveur des personnes non conçues. Mais elle admet les stipulations pour des personnes futures dans les contrats administratifs et les fondations.

b) Révocation et acceptation.

Le stipulant a le droit de révoquer la stipulation pour

(1) Planiol, *Traité élémentaire du droit civil*, 2^e édit, 1902, II, n^{os} 1239, et suiv.

autrui tant que le tiers ne l'a pas acceptée. Cette règle qui résulte de l'article 1121 du Code civil peut être théoriquement justifiée par ce principe que le droit né d'un contrat est né avec les caractères qu'il a plu aux contractants de lui donner, caractères parmi lesquels peut se trouver la révocabilité. Mais rien n'empêche les contractants de faire tomber la présomption de l'article 1121 par une clause formelle d'irrévocabilité ; ils peuvent aussi déclarer que la stipulation pourra être révoquée même après l'acceptation (1).

Quant à l'acceptation, dans le langage de la théorie de la naissance directe du droit, c'est une manifestation de volonté qui a pour effet de faire tomber le caractère révocable de la clause. Elle peut être tacite et résulter simplement de ce que le tiers a profité de la stipulation ou de ce qu'il agit en justice. Elle n'est pas le point de départ du droit acquis au tiers, puisque ce droit est né dès la signature du contrat. Elle peut intervenir après la mort du stipulant.

c) Effets de la stipulation pour autrui.

La stipulation pour autrui engendre entre les intéressés les relations suivantes.

1. Entre le stipulant et le promettant.

Le promettant a contracté vis-à-vis du stipulant une obligation de faire. Ce dernier a pour le forcer à s'exécuter l'action en répétition de la valeur qu'il lui a versée. A-t-il une action tendant à l'exécution du contrat ? Il est certain qu'une action de ce genre appartient au tiers, mais il est controversé

(1) Champeau, *op. cit.*, p. 134, 135, 136. Planiol, n° 1248.

qu'elle appartienne au stipulant. On peut l'admettre, car il semble bien que le stipulant doive pouvoir obtenir cela même qu'il a stipulé, à savoir la prestation d'un avantage au tiers (1). Cette action aboutirait soit à une allocation de dommages-intérêts, soit à l'exécution forcée de l'obligation de faire dans le cas où il est possible (2).

2. Entre le promettant et le tiers.

Le tiers a contre le promettant un droit direct né du contrat, et pour l'exécution duquel il jouit d'une action qui tend à l'exécution forcée de l'obligation de faire quand elle est praticable (3), ou en tout cas à des dommages-intérêts. L'action en résolution du contrat ne lui appartient pas. Le promettant peut opposer au tiers, dans le but de ne pas exécuter la stipulation, des exceptions provenant de l'incapacité personnelle où il se trouvait de s'engager valablement ou des nullités ou vices du contrat, ou enfin du défaut d'exécution des obligations du stipulant (4).

3. Entre le tiers et le stipulant.

Entre le tiers et le stipulant aucune obligation n'est créée.

Dans les deux chapitres qui vont suivre nous étudierons les applications qui ont été faites dans les contrats administratifs de la stipulation pour autrui de droit commun, et le contentieux auquel elles donnent lieu. Nous y verrons ap-

(1) En ce sens Champeau, *op. cit.*, p. 132-133. Contra : Planiol, 2^e édit., n^o 1258.

(2) Champeau, 132.

(3) Champeau, *op. cit.*, 132.

(4) Champeau, p. 147 et suiv. Planiol, 2^e édition, n^o 1264.

pliquer les règles ordinaires du droit civil, mais d'une façon fort large, et nous constaterons que le contentieux est beaucoup plus complexe que le contentieux ordinaire de la stipulation pour autrui, les tribunaux administratifs pouvant être appelés à connaître de certaines questions.

CHAPITRE II

APPLICATIONS DANS LES CONTRATS ADMINISTRATIFS DE LA STIPULATION POUR AUTRUI DU DROIT COMMUN

Nous abordons maintenant les applications administratives de la stipulation pour autrui de droit commun. De droit commun, disons-nous, parce que l'administration n'intervient pas ici en faveur des ouvriers en tant qu'Administration organe de leurs intérêts, mais en tant que simple patron animé d'intentions bienveillantes et purement gracieuses à leur égard. Sans doute rien n'est absolument de droit commun dans les actes de l'Administration, et l'on pourrait dire que les stipulations dont il s'agit intéressent la puissance publique, puisque elles donnent une bonne renommée aux travaux publics. Mais nous sommes ici dans un cas où un but administratif est trop indirectement cherché et atteint, et trop accessoire, et où d'autre part, les procédés employés sont trop semblables à ceux qu'emploient les simples particuliers (1), pour que l'opération puisse être

(1) Ou, en employant la manière de parler de M. Haurion « ne sont plus dans la donnée de ce commerce juridique spécial qui justifie la catégorie

envisagée dans son ensemble comme spécialement administrative et comme pouvant justifier de règles particulières. Nous verrons qu'une jurisprudence déjà ancienne n'en a pas décidé différemment.

Cette étude sera ainsi divisée : la section I traitera, parmi les applications de la stipulation pour autrui, de celles qui ont pour bénéficiaires les ouvriers et les employés des entrepreneurs et fournisseurs des personnes publiques, et la section II de celles qui ont d'autres bénéficiaires.

SECTION I

Stipulations en faveur des employés et ouvriers des entrepreneurs et des fournisseurs de Travaux Publics.

S'il est une question qui ait pris de l'importance à l'époque actuelle, c'est bien celle de l'amélioration de la situation des ouvriers. Au cours du XIX^e siècle les travailleurs ont pris conscience de la situation peu équitable qui leur était faite dans la société moderne et du pouvoir considérable qu'ils possédaient en s'organisant.

Un vaste mouvement, dont nous n'avons pas à retracer les péripéties, et qui n'est probablement encore qu'à son début, dans lequel sont mises en jeu des forces légales et extra-

de la gestion publique, retombent dans le commerce juridique ordinaire ». *Précis de droit administratif*, 6^e édit., 1907, p. 473, note.

légales, est arrivé à produire de nos jours un relèvement sensible de la situation des travailleurs. Cependant grand nombre de leurs revendications sont restées jusqu'à présent infructueuses à cause des nécessités de la concurrence industrielle et commerciale. Il reste encore beaucoup à faire avant qu'on puisse affirmer que les ouvriers travaillent dans des conditions suffisantes d'hygiène et de rémunération équitable.

En cette matière peut-être tout ne dépend-il pas des lois économiques qui résultent de la concurrence. Peut-être faut-il faire une part aux éléments purement moraux qui peuvent influencer les déterminations des patrons. Peut-être tout au moins le bon exemple donné d'une façon désintéressée par quelqu'un, aurait-il une répercussion invincible sur tout le domaine économique. C'est pourquoi les hommes qui poursuivent la réalisation d'une meilleure condition des travailleurs, socialistes ou non, attachent-ils une grande importance à la manière dont l'Etat se conduit comme employeur (1).

L'Etat a donc été amené à faire une situation avantageuse aux ouvriers qu'il emploie en régie. Mais ils sont une minorité. Il fallait qu'il pût aussi régler dans une certaine mesure celle des ouvriers de ses entrepreneurs et fournisseurs liés à lui par le contrat d'adjudication. La stipulation pour autrui apparut naturellement comme le moyen légal, simple et pratique de réaliser ce desideratum.

(1) Les socialistes y attachent une importance particulière. L'Etat doit, selon eux, devenir l'unique patron.

Nous étudierons l'une après l'autre les principales stipulations contenues dans les cahiers des charges d'adjudication au profit des ouvriers et employés. Nous en retracerons brièvement l'histoire, nous en exposerons les effets et nous apprécierons leur légalité.

§ 1. — *Clauses qui ont pour but de garantir le paiement des ouvriers.*

De nombreuses dispositions des cahiers des charges ont pour but d'assurer aux ouvriers et employés le paiement de leurs créances. C'est un des plus anciens exemples de l'emploi de la stipulation pour autrui dans les contrats administratifs.

A. — Introduction des sous-traités.

Dans les cahiers des clauses et conditions générales de l'Administration des Ponts et Chaussées du 16 novembre 1866, se trouve un article 9 ainsi conçu :

« L'entrepreneur ne peut céder à des sous-traitants une ou plusieurs parties de son entreprise sans le consentement de l'administration. Dans tous les cas il demeure personnellement responsable tant envers l'administration qu'envers les ouvriers et les tiers ». Cette disposition est applicable aux entreprises du service des chemins vicinaux. Elle a été introduite dans de nombreux contrats, notamment dans l'arrêté du 25 septembre 1896, sur les travaux de l'Exposition universelle de 1900. Une disposition tout à

fait analogue existe dans le cahier des clauses et conditions générales de l'Administration du génie dn 25 octobre 1876. Enfin les trois décrets du 10 août 1899 mentionnent cette clause comme devant obligatoirement figurer dans tous les marchés de l'Etat, des départements et des communes. C'est une stipulation d'une application, on le voit, tout à fait générale.

Sans doute la raison qui pousse l'administration à prohiber les sous-traités est partiellement une raison d'intérêt personnel. Les contrats qu'une administration passe avec les entrepreneurs ou fournisseurs sont faits *intuitu personæ* et en considération de la capacité et de la solvabilité personnelles des adjudicataires. Il est donc naturel qu'elle s'oppose à ce que les adjudicataires puissent se faire remplacer par d'autres entrepreneurs qui lui sont inconnus, ou du moins qu'elle exige que cette substitution ne puisse avoir lieu que de son propre consentement. — Mais cette clause du cahier des charges intéresse aussi les tiers et les ouvriers, que l'article 9 mentionne expressément. Ceux-ci se trouvent profiter d'une précieuse garantie de solvabilité ; ils ont deux débiteurs au lieu d'un ; ils peuvent recourir contre leur débiteur immédiat, le sous-traitant, et contre l'entrepreneur principal en vertu du contrat qui lie ce dernier à l'administration, dans lequel se trouve une stipulation en leur faveur. Il est vrai que les ouvriers et fournisseurs du sous-traitant ne seraient pas désarmés même en l'absence de cet article 9. En effet, les ouvriers pourraient user de l'article 1798 du Code civil qui donne aux ouvriers

un privilège sur ce qui reste dû à leur patron par le maître de l'ouvrage (qui est en l'hypothèse l'entrepreneur principal) ; et les ouvriers et fournisseurs pourraient se prévaloir du Décret du 26 Pluviôse an II, étendu à tous les travaux publics par la loi du 25 juillet 1891, qui accorde le même privilège. Mais cette garantie est bien inférieure à celle de l'article 9 qui donne non un privilège sur ce qui reste dû au sous-entrepreneur par l'entrepreneur principal, mais une action directe contre l'entrepreneur principal, action qui a pour objet le paiement intégral des sommes dues aux ouvriers, alors même que l'entrepreneur principal aurait déjà soldé entièrement son sous-traitant.

La légalité et l'efficacité des clauses dont nous parlons ont été formellement admises par la jurisprudence. Elle y voit des stipulations pour autrui conformes aux termes de l'article 1121 du Code civil. L'arrêt le plus net et le plus affirmatif en ce sens a été rendu par la Cour de Poitiers le 20 juillet 1889 (1). Il écarte très justement l'objection du défaut d'intérêt qui est aussi vieille que le droit romain ; « on comprend très bien que dans un intérêt moral et pour la bonne renommée des travaux publics, l'Etat ait voulu assurer ainsi le paiement effectif des fournitures et de la main-d'œuvre employées dans les ouvrages qu'il fait exécuter » (2). Il tranche implicitement la question de l'indé-

(1) D. 1890, 2, 159 (1^{re} espèce).

(2) L'Etat n'a pas là qu'un intérêt moral : il est certain que le maître de l'ouvrage a intérêt matériel à ce que les travaux soient exécutés par des ouvriers payés régulièrement, pour éviter les désordres, les procès et autres gênes qui pourraient résulter d'une situation différente (V. Cass.

termination des tiers bénéficiaires, puisque les « ouvriers et tiers » de l'article 9 forment une collectivité constamment changeante, de laquelle font partie des personnes futures, celles qui n'y appartiendront que plus tard. Il est curieux de voir qu'on n'a pas élevé en matière administrative les mêmes difficultés qu'en matière d'assurance sur la vie où elles sont un obstacle considérable à l'extension (exigée par la pratique) de la stipulation pour autrui (1).

Des stipulations semblables ou analogues à celles de l'article 9 ont été introduites dans des cahiers de charges d'adjudication de communes ou de Compagnies de chemins de fer. Parfois il est arrivé que les tribunaux se sont montrés plus exigeants pour y reconnaître une stipulation pour autrui. Il peut en effet ressortir de ces circonstances que le maître de l'ouvrage n'a entendu stipuler que dans

16 mars 1898, S. 1902, 1, 350). Mais le véritable critérium de la stipulation pour autrui est non dans l'appréciation de l'intérêt, mais dans l'intention de donner action au tiers, et il peut arriver que le stipulant, dans une vue purement égoïste et pour que la clause soit plus efficace, exige que le tiers puisse lui-même en réclamer l'application.

Avant 1866, le cahier des charges de 1833 portait simplement l'interdiction des sous-traités, sans aucune précision sur la responsabilité persistante de l'entrepreneur; la jurisprudence avait d'abord présumé une intention de stipuler pour autrui impliquant ce résultat (Req., 17 juin 1846, D. 1846, 1, 334), mais elle abandonna cette manière un peu hardie d'interpréter un contrat (Cass., 31 juillet 1867, S. 1867, 1, 383, D. 1868, 1, 25) et le gouvernement pour rendre les résultats précédents indispensables adopta la rédaction de 1866. La cour est d'ailleurs revenue à sa première jurisprudence pour le cas où les sous-traités sont purement et simplement interdits. Cass. civ., 5 mars 1872, D. 1872, 1, 439 et S. 1873, 1, 136.

(1) Voy. aussi : Cass., 5 mars 1872, cité dans la note précédente Req., 13 juillet 1886, D., 1886, 1, 307, 28 janvier 1868, S., 1868, 1, 216. 13 mars 1889, S., 1889, 1, 263. 16 mars 1898, S., 1902, 1, 350.

son propre intérêt, et n'a pas eu l'intention de donner action aux bénéficiaires indirects de la disposition. Cette interprétation est du ressort du seul juge du fond et la Cour de cassation n'a pas à en apprécier l'exactitude. C'est ainsi que dans un arrêt du 28 janvier 1880 (1) la Chambre des requêtes a décidé que la clause d'un cahier des charges intervenu entre une Compagnie de chemins de fer et un entrepreneur portant « la Compagnie ne reconnaît aucun sous-traitant ; tous agents, chefs d'ateliers et ouvriers trouvés sur les chantiers seront pour elle les agents, chefs d'ateliers et ouvriers de l'entreprise », peut être interprétée souverainement par les juges du fond en ce sens qu'elle est limitée aux droits de la Compagnie vis-à-vis de l'entrepreneur, et ne crée pas de rapports directs entre l'entrepreneur et les tiers qui auraient contracté avec les sous-traitants irrégulièrement acceptés par lui (2).

Il dépendra donc absolument, dans tous les cas, de l'appréciation du juge du fond, de déclarer si, d'après les intentions des parties, il y a eu ou non stipulation en faveur des tiers. Des clauses identiques peuvent être ainsi diversement interprétées et avoir des effets très différents.

B. — Décision ministérielle autorisant des sous-traitants à prendre la suite d'une entreprise à condition qu'ils seraient substitués.

Les intérêts des ouvriers et fournisseurs des entrepre-

(1) S., 1880-1-416 et notes.

(2) En ce sens : Cass., 31 juillet 1867, S., 1867, 1, 383 et D. 1868, 1, 25.

neurs peuvent même être défendus après la faillite de l'entreprise au moyen d'une stipulation en leur faveur insérée dans l'acte administratif qui accorde à de nouveaux entrepreneurs la suite de l'affaire. La Cour de cassation s'est prononcée sur un cas de ce genre le 4 février 1890 (1). Une décision ministérielle avait autorisé des sous-traitants à prendre la suite d'une entreprise, mais à cette condition qu'ils seraient substitués à l'ancien entrepreneur, pour le passé et pour l'avenir, sans aucune réserve. Des fournisseurs de l'ancien entrepreneur, non payés, actionnèrent les sous-traitants. Le juge du fond leur donna raison et interpréta la décision ministérielle en ce sens qu'elle contenait une stipulation pour autrui. La Cour de cassation ne reforma pas cette appréciation souveraine.

C. — L'entrepreneur ne recevra le solde de son entreprise qu'en justifiant qu'il ne doit plus rien à ses ouvriers et fournisseurs.

Une autre clause a été souvent insérée dans les cahiers des charges des communes : il n'y a pas lieu de s'y arrêter longuement, car depuis 1891 elle n'a pas d'utilité. Cependant son exemple montre bien comment la stipulation pour autrui peut être un instrument commode pour remplir les lacunes de la législation positive ou l'améliorer.

Avant 1891 les ouvriers ou fournisseurs étaient garantis contre l'insolvabilité du maître de l'ouvrage par deux textes, l'article 1798 du Code civil et le décret du 26 pluviôse

(1) S., 1890, 1, 261, D., 1891, 1, 367.

28 ventôse an II. Le premier de ces textes ne profite qu'aux ouvriers : il leur donne une action contre le maître de l'ouvrage pour se faire solder leurs créances contre l'entrepreneur, jusqu'à concurrence des sommes dues par le premier au dernier. Il y a là une action directe fort utile si elle est exercée à temps, mais point un privilège, de sorte que si l'entrepreneur a cédé sa créance contre le maître de l'ouvrage, les ouvriers ne pourront tirer aucun effet de l'action : le maître de l'ouvrage au lieu de payer entre leurs mains paiera entre celles du cessionnaire de l'entrepreneur (1).

Le décret de pluviôse an II, au contraire, profite non seulement aux ouvriers, mais aussi aux fournisseurs, et de plus il crée un véritable privilège. Il dispose en effet que les ouvriers et fournisseurs des entrepreneurs peuvent seuls pratiquer une saisie-arrêt ou une opposition sur les fonds déposés dans les caisses publiques pour être délivrés auxdits entrepreneurs. Les créanciers personnels de ces derniers ne sont admis à faire les mêmes opérations qu'après la réception des travaux et paiement des dettes contractées vis-à-vis des ouvriers et fournisseurs. Les cessions de créances sont également inefficaces à cause du caractère spécial d'affectation aux travaux publics qui frappe les fonds : l'esprit du décret est en effet que les fonds ne puis-

(1) V. Christophle, *Traité des Travaux Publics*, Paris, 1889-1890, 2 vol. 8°, n° 1497. Porée et Cuénot *Des entreprises de Travaux Publics soumises aux clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées*, etc., Paris, 1901, in-8°, n° 186. Jurisprudence en ce sens. Cass., 18 janvier 1854, S. 1854, 1, 241.

sont être versés qu'aux entrepreneurs afin que ceux-ci ne viennent pas à manquer de fonds par la dispersion du prix d'adjudication entre des créanciers étrangers à l'affaire. Seuls les ouvriers et fournisseurs peuvent donc se faire payer par préférence (1).

Mais le décret de pluviôse an II ne s'appliquait qu'aux travaux de l'Etat, de sorte que pour les travaux des autres personnes publiques, les ouvriers, de l'entrepreneur se trouvaient réduits à l'article 1798 qui ne les protégeait pas contre les cessions de créances, et les fournisseurs étaient complètement désarmés. Aussi trouvait-on fréquemment dans les cahiers des charges des communes et des départements la clause suivante : « L'entrepreneur ne recevra le solde de son entreprise qu'en justifiant qu'il ne doit plus rien aux ouvriers et fournisseurs ». Cette disposition du contrat, considérée d'après les intentions des parties comme stipulation pour autrui, assurait aux ouvriers et fournisseurs un droit de préférence sur les sommes dues à l'entrepreneur par la commune analogue à celui de l'article 1798 et à celui du décret de pluviôse an II. Les bénéficiaires, acceptant en temps utile, pouvaient l'opposer aux cessionnaires de la créance de l'entrepreneur qui ne pouvait avoir plus de

(1) V. Christophle, *op. cit.*, n° 1217, et arrêts cités. Req., 21 mars 1855, (D. 1856, 1, 117, S., 1856, 1, 735). Cass. 22 janvier 1868 (D., 1868, 1, 55, S., 1868, 1, 177). Porée et Cuénot, *op. cit.*, n° 186 et arrêts cités à la p. 242, note 2. L'interprétation de la loi de l'an II comme créant un privilège et écartant les cessionnaires de créances est consacrée par une jurisprudence constante, quoique un peu prétorienne.

droits que leur cédant (1), ou au syndic de la faillite, pour la même raison (2). Mais un arrêt de la Cour de Lyon du 18 décembre 1878 semble donner à cette clause un effet qu'elle ne peut avoir : il décide que la stipulation dont il s'agit donne une action directe contre la commune elle-même qui, si elle a déjà payé l'entrepreneur avant que celui-ci eût soldé ses ouvriers, devra payer une seconde fois (3). Nous ne pouvons admettre que la stipulation pour autrui puisse ainsi nuire au stipulant : dans le cas considéré, la commune a inscrit la clause au contrat dans l'intérêt de ses ouvriers, pour avoir le droit de refuser tout paiement à l'entrepreneur qui n'a pas payé son personnel, pour donner à celui-ci un droit de préférence contre les créanciers de l'entrepreneur ou ses sessionnaires, mais certainement pas pour se lier et se voir, le cas échéant, obligée à payer deux fois. La stipulation pour autrui ne donne action aux bénéficiaires que contre le promettant et ses ayants droit.

Depuis la loi du 25 juillet 1891 cette clause n'a plus de raison d'être : le privilège de la loi de l'an II est, en effet, étendu par elle à tous les travaux publics. Par le mécanisme de la stipulation pour autrui ce résultat était déjà entré dans les faits avant d'être consacré législativement.

(1) L'arrêt Cass., 11 août 1879, ne tranche pas la question, mais voir la note dans le Sirey., 1880, 1, 253.

(2) Champeau, *op. cit.*, 222-223.

(3) S., 1881, 2, 59.

On voit là sur le vif le rôle précurseur et créateur de droit nouveau de la stipulation pour autrui.

D. — Paiement au moins mensuel des ouvriers.

L'article 13 du cahier des clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées porte : « § 4. L'entrepreneur paye ses ouvriers tous les mois ou à des époques plus rapprochées, si l'administration le juge nécessaire. — § 5. En cas de retard régulièrement constaté, l'administration, par application des lois du 26 pluviôse an II et 25 juillet 1891 se réserve la faculté de faire payer d'office les salaires arriérés sur les sommes dues à l'entrepreneur (1). »

La première de ces clauses est une stipulation pour autrui dont bénéficient les ouvriers, et qui a un but d'intérêt public et d'humanité, autant que d'intérêt particulier de l'administration elle-même. — La seconde, au contraire, ne crée aucun droit aux ouvriers suffisamment garantis, mais crée seulement une faculté pour la personne publique et dans son propre intérêt (2) (3).

§ 2. — *Clauses qui ont pour but de garantir les ouvriers contre les risques d'accidents ou de maladie.*

Nous abordons une matière où la stipulation pour au-

(1) Cette clause a été reproduite dans l'arrêté du 25 septembre 1896 sur les travaux de l'Exposition de 1900.

(2) Limoges, 30 avril 1875, S., 1875, 2, 264.

(3) Une clause analogue existe dans l'article 19 du cahier des charges du génie. Elle est même plus complète que celle de l'article 15 du cahier des

trui a permis de réaliser, dès le milieu du XIX^e siècle, pour les Travaux publics, une réforme admirable qui n'est entrée dans les lois qu'en 1898. Il s'agit des secours aux ouvriers blessés ou malades.

Sur ce point l'arrêté ministériel du 25 décembre 1848, modifié par la circulaire du 22 octobre 1851, édictait toute une série de mesures : des ambulances devaient être établies à proximité des chantiers importants ou dangereux ; les ouvriers blessés ou malades y recevaient les premiers soins ; ils recevaient pendant leur chômage forcé un demi-salaire, et s'ils étaient devenus impropres à exercer leur profession ils devaient recevoir une année de demi-salaire ; la veuve ou la famille d'un ouvrier tué sur les chantiers ou mort d'une maladie occasionnée par les travaux avait droit à une indemnité. Cet arrêté n'était pas imposable à l'entrepreneur ; il édictait seulement les conditions dans lesquelles l'administration fournirait elle-même les secours. Mais il était pourvu aux dépenses par une retenue de 1 0/0 qui devait être perçue sur les entrepreneurs, sur la valeur de l'ensemble des travaux, et pour le surplus par un versement de l'Etat. C'est cette retenue de 1 0/0 qui fut prévue au cahier des charges de 1866 (1). Le nouveau cahier de 1892 (art. 16) soumit les entrepreneurs non plus à la retenue du centième mais « aux retenues et autres

Ponts et Chaussées, car elle stipule l'impossibilité pour le patron d'effectuer des retenues sur les salaires.

(1) *Id.*, dans l'arrêté du 25 septembre 1896 sur les travaux de l'Exposition de 1900.

obligations qui résultent soit des lois, soit des décrets et arrêtés ministériels en vigueur au moment de l'adjudication », disposition commode et souple qui permettait de faciles évolutions.

L'arrêté de 1848 modifié en 1851, resté en vigueur après comme avant 1892, n'était pas d'ailleurs strictement suivi dans l'organisation des secours. Le plus souvent les entrepreneurs assuraient eux-mêmes le service médical et le paiement des demi-salaires au personnel qui contribuait lui-même volontairement par une retenue de salaire (1).

Quoi qu'il en soit, les ouvriers des Travaux publics profitaient, par les textes que nous avons cités, d'une stipulation en leur faveur qui rendait leur situation beaucoup plus enviable, à ce point de vue spécial, que celle des travailleurs de l'industrie privée. Ceux-ci, en effet, conformément à l'article 1382 du Code civil et à la jurisprudence, devaient prouver la faute du patron pour obtenir réparation des accidents ou maladies, charge qui n'incombait point aux ouvriers des Travaux publics.

La loi du 9 avril 1898 a complètement changé la situation en ce qui concerne les accidents. Elle a mis le risque professionnel à la charge du patron et par là elle a généralisé les résultats obtenus déjà pour les ouvriers des Travaux publics au moyen de la stipulation pour autrui. La législation de 1898 s'applique maintenant à tous les ouvriers, même à ceux des administrations publiques et leur

(1) Porée et Cuënot, *op. cit.*, n° 205, p. 268.

donne droit à une réparation forfaitaire des dommages provenant d'accidents. La stipulation de l'article 16 est donc à cet égard désormais sans portée. Aussi, à la suite de la nouvelle loi un arrêté du 30 septembre 1899 a-t-il modifié cet article ainsi qu'il suit : « L'entrepreneur a charge entière : 1° de toutes les dépenses du service médical de l'entreprise ; 2° des soins, secours et indemnités dus aux ouvriers et employés victimes d'accidents survenus sur les chantiers ou atteints de maladies occasionnées par les travaux ; 3° des secours et indemnités dus aux veuves et aux familles de ces ouvriers et employés. — Il est soumis à cet égard à toutes les obligations qui résultent tant des lois, décrets, et arrêtés ministériels en vigueur au moment de l'adjudication, que des lois ultérieurement promulguées et applicables à l'ensemble des chantiers publics et privés. Des frais de maladie et le demi-salaire seront dus dans tous les cas, à partir du premier jour de l'interruption obligée du travail et alors même que cette interruption n'aurait duré qu'un jour ».

Nous venons de dire que les accidents étaient désormais régis par la loi du 9 avril 1898 ; mais cette loi n'a pas fait pour les maladies ce qu'elle a fait pour les accidents : la maladie professionnelle n'est pas encore à la charge du patron. Sur ce point donc l'ancienne organisation des travaux publics subsiste et la stipulation pour autrui conserve son application. La situation des ouvriers malades a continué d'être régie par l'arrêté de 1848 jusqu'à ce que le nouvel arrêté, celui du 28 septembre 1899, l'ait remplacé.

Ce nouvel arrêté, qui s'impose aux entrepreneurs par le fait de leur contrat, modifie le régime de 1848 surtout en ce qui concerne les charges qu'ils supportent. Au lieu de subir une simple retenue de 1 0/0 ils sont tenus d'assurer eux-mêmes le service médical et le paiement des secours, sans aucune limitation de dépense. S'ils ne le faisaient pas, les ingénieurs pourraient faire d'office l'avance des sommes nécessaires, qui seraient ensuite récupérées sur la retenue de garantie de 1/10 ou sur le cautionnement (1).

Au point de vue des ouvriers la situation est analogue à celle qu'ils avaient depuis 1848. Les maladies occasionnées par les travaux, seules, donnent lieu à des secours, et non plus les maladies simplement aggravées; les secours consistent dans le traitement médical gratuit à l'hôpital ou à domicile, dans le demi-salaire pendant l'interruption de travail et pendant un an seulement, et dans des allocations à la veuve ou à la famille en cas de mort (le quantum de ces derniers secours a été élevé) (2).

Ainsi la maladie professionnelle se trouve, par le mécanisme de la stipulation pour autrui, assimilée à l'accident professionnel dans le domaine des Travaux publics. C'est ce qu'a fait aussi la loi de 1905 pour le risque professionnel des marins. Il est à croire que de même que la loi a généralisé les résultats des stipulations de l'administration en fa-

(1) V. circulaire, 28 septembre 1899.

(2) Les mêmes avantages sont naturellement directement accordés par l'Etat aux ouvriers qu'il emploie en régie (arrêté du 18 septembre 1899, art. 10).

veur des ouvriers en ce qui concerne les accidents, de même la responsabilité des patrons à l'occasion des maladies professionnelles cessera d'être seulement stipulée dans les contrats administratifs pour être imposée à tous les chantiers par une mesure législative.

D'autre part, une des dispositions insérées au nouvel article 16 continue d'intéresser les ouvriers victimes d'accidents. La loi du 9 avril 1898 dispose que seuls les accidents ayant causé une incapacité de plus de 4 jours donnent lieu à l'allocation du demi-salaire, et que ce demi-salaire n'est dû qu'à partir du 5^e jour. Au contraire, notre article 16 stipule en faveur des ouvriers que les frais de maladie et le demi-salaire sont dus *en tout cas* à partir du premier jour de l'interruption obligée du travail alors même qu'elle n'aurait duré qu'un jour. L'intérêt de cette clause pour les ouvriers a été il est vrai diminuée, mais non supprimée par la loi du 31 mars 1903, qui modifie l'article 3 de la loi de 1898 et dispose que le demi-salaire sera dû dès le premier jour pour les incapacités temporaires de plus de 10 jours.

Une disposition assez sévère de la loi se trouve ainsi contractuellement écartée.

§ 3. — *Les conditions du travail.*

Nous arrivons maintenant à l'application la plus importante qui ait été faite dans les contrats administratifs de la stipulation pour autrui. On a appelé d'une façon générale « conditions du travail » les règles qui garantissent les ou-

vriers contre une exploitation abusive de leur force, par divers procédés, notamment par la fixation d'un salaire minimum, d'une durée maxima de la journée de travail etc... et contre la concurrence des ouvriers étrangers. Depuis longtemps les ouvriers tâchent d'obtenir, soit par leurs propres moyens, soit en faisant appel au législateur des conditions de travail qui élèvent le niveau de leur existence. Ces tentatives, à propos desquelles les graves problèmes de l'interventionnisme et du socialisme sont soulevés, ont abouti à quelques résultats partiels positifs. Le législateur, tout en refusant d'abandonner le principe de la liberté des contrats entre patrons et ouvriers, est intervenu quand il y a vu un intérêt public, santé publique, défense nationale, avenir de la race (1). Mais il a jusqu'à présent laissé de côté toute réglementation des salaires, toute protection de la main-d'œuvre nationale, et même dans les matières où il est intervenu il n'a pas accordé aux intéressés la plus grande partie des avantages qu'ils réclament.

L'Etat qui n'a pas voulu ou pu imposer à l'industrie privée beaucoup de mesures demandées par les ouvriers et leurs défenseurs, ne peut-il pas du moins accorder ces satis-

(1) Durée du travail : Décret loi du 9 sept. 1848 pour les hommes adultes. Loi 2 novembre 1892, modifiée par loi 30 mars 1900, pour les femmes, enfants et hommes, employés dans les mêmes locaux. Loi, 29 juin 1905 sur le travail des mines. Loi, 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire ; Modes de travail : Décret loi, 2-4 mars 1848, abolition du marchandage. Lois précitées de 1892-1900 ; Loi du 29 décembre 1900, dite loi des Ta-bourets, etc., etc. Hygiène des ateliers : Loi, 11 juillet 1903 et toute une série d'arrêtés d'administration publique.

factions, en tant que patron ou maître de l'ouvrage, aux ouvriers qui travaillent pour son compte ?

Mais sur ce sujet les plus vives controverses se sont élevées. Nous résumerons brièvement la controverse économique pour montrer l'intérêt énorme de la question. Nous exposerons ensuite des conditions du travail insérées dans les cahiers des charges d'adjudication et examinerons en même temps leur légalité. Nous étudierons en dernier lieu les décrets du 10 août 1899 qui ont tranché partiellement la question.

A. — Controverse économique sur les conditions du Travail accordées aux ouvriers de l'Etat.

Les partisans de l'école économique libérale sont naturellement opposés à ce que l'Etat accorde aux ouvriers qui travaillent pour lui des avantages spéciaux. Si l'Etat, comme législateur, disent-ils, reconnaît son impuissance à faire fléchir les lois économiques au profit de l'équité, il doit, pour être logique, avoir la même résignation comme patron. Qu'il ne réponde pas que son action comme patron est purement privée, car l'Etat est un employeur d'une telle importance que son attitude a des effets sur tout le domaine économique. C'est par centaines de milliers que l'Etat embauche ses ouvriers. En réalité, l'Etat accordant à ses ouvriers des conditions spécialement favorables, fait du socialisme : il incite les ouvriers des particuliers à réclamer à leurs patrons les mêmes avantages, et comme ces avantages ne résultent pas du libre jeu du mécanisme écono-

mique, il en résulte une perturbation générale (1). La conséquence la plus immédiate de telles pratiques est d'augmenter le coût des travaux de l'Etat, par conséquent d'augmenter les impôts dont le poids est supporté par le peuple, de telle sorte que les ouvriers de l'Etat sont une minorité privilégiée aux dépens de la majorité pourtant tout aussi intéressante des citoyens. L'Etat, considéré comme propriétaire, doit avant tout chercher à administrer économiquement, et ce serait, le cas échéant, à l'Etat puissance publique qu'il appartiendrait de réformer, par la voie législative, l'organisation actuelle. Ces économistes font remarquer que les « conditions du travail » sont réclamées par les socialistes pour toute l'industrie aussi bien que pour les travaux de l'Etat, et que leur donner satisfaction sur un point serait mettre son doigt dans un engrenage.

Ces objections, en partie fondées et qui participent de la séduction de la doctrine si cohérente, si logique, si simple, de la liberté économique, n'ont pas cependant, nous le verrons, remporté une victoire complète. — Sans doute l'introduction des « conditions du travail » dans les textes administratifs ne se défend pas par un système très bien en-

(1) Nous ne pouvons entrer dans le détail des conséquences qu'entraîne une semblable attitude de l'Etat. M. Colson fait remarquer qu'en donnant 5 francs par jour à ses balayeurs, la Ville de Paris, loin d'améliorer la situation des ouvriers sans compétence particulière qui tenaient auparavant cet emploi, les en a dépossédés au profit d'ouvriers qualifiés qui eussent été beaucoup plus utiles dans le métier qu'ils avaient appris. D'une façon générale, on reproche aux conditions du travail de chasser des chantiers les ouvriers faibles ou peu productifs, qu'on a appelés des demi-ouvriers.

chainé de considérations économiques : il y a là une part laissée à l'expérience et au risque. Mais il semble bien que le pire parti serait de laisser les lois économiques, qu'il ne s'agit nullement de contrarier, agir sur une organisation sociale défectueuse et immobile : la chance d'y échapper vaut bien quelques essais. Il est inutile de dire que les partisans socialistes des mesures dont nous parlons font valoir en leur faveur les arguments d'ordre général de leur doctrine, et les font facilement rentrer dans le cadre des réformes qu'ils préconisent. — Les défenseurs non socialistes des conditions du travail appliquées aux ouvriers de l'Etat font valoir d'autres raisons : l'Etat doit être un patron modèle, il doit donner l'exemple de l'équité et de l'humanité afin que la loi de justice devienne une loi économique. Le premier il doit, par son attitude, rappeler que le travail humain n'est pas une marchandise comme une autre. Sans doute c'est de l'intervention cachée sous la forme d'un contrat, mais dans notre système social moderne, l'intervention est partout, et les défenseurs de la liberté économique parlent au nom d'un principe qui en fait est abandonné. — Sans doute aussi cette intervention coûte cher, mais en cela elle ne diffère pas des autres ; l'augmentation des charges publiques, est ici justifiée par le bien qu'on espère retirer de l'exemple ainsi donné et de la conscience de ses droits que cet exemple suscite chez le travailleur. Les conditions entre le patron et l'ouvrier ne sont pas débattues entre égaux, et dans une telle situation le « libre jeu des lois économiques » aboutit simplement à l'écrasement du

plus faible ; si l'on n'a pas encore trouvé moyen, par la voie législative, de créer cette égalité entre les employeurs et les employés, il est possible de travailler à la créer par d'autres moyens : la conduite de l'Etat comme patron pourra y contribuer (1).

En dehors de ces raisons générales qui s'appliquent aux relations entre l'Etat et tous les ouvriers, indistinctement, qui travaillent pour son compte, il y a des considérations spéciales que suggère le système de l'adjudication. On reproche à ce système d'avilir, pour ainsi dire mécaniquement, le prix de la main-d'œuvre. Sans doute il y a dans cette critique une part d'exagération, mais il semble bien que dans certaines occasions l'adjudication puisse aboutir à ce résultat. En effet, l'ouvrier n'a pas toujours la ressource de quitter le chantier comme semblent l'affirmer les économistes libéraux : il y a tels ouvriers spécialisés, ceux par exemple qui travaillent pour les fournitures d'équipement militaire, qui sont absolument soumis aux conditions que leur imposera l'adjudicataire (2). Pour tous les ouvriers, en outre, il y a, comme le fait remarquer M. Louvard, la peur de quitter l'emploi, la difficulté de trouver un autre patron, l'apathie qui

(1) Les mêmes économistes disent encore que l'Etat verra ses dépenses supplémentaires se compenser au moins en partie par une amélioration du travail fourni. Mais il y a là une contradiction, car si le travail est meilleur, il vaut plus cher, et il sera conforme à la loi de l'offre et de la demande qu'il soit payé davantage. Il n'y aurait à tirer d'une telle augmentation aucune conséquence sociale.

(2) La liberté absolue, comparable à la fluidité qui permet aux liquides de reprendre constamment et immédiatement leur niveau, est une chimère dans le domaine économique.

pousse à préférer un présent médiocre à un mieux aléatoire (1). Enfin un patron ordinaire, qui paie mal ses ouvriers, reçoit des réclamations, encourt le risque d'une grève, peut se voir forcé à augmenter les salaires. Au contraire, les ouvriers de l'adjudicataire subissent plus facilement d'insuffisantes rétributions, sachant que leur patron, attaché par son contrat, n'y peut rien changer : cette inertie est d'avance escomptée par les soumissionnaires qui font porter une partie de leur rabais sur les salaires. Bref, en cette matière l'établissement d'un minimum de salaire s'impose : il n'aura pas pour but de supprimer la concurrence, il l'empêchera seulement de réagir sur le prix de la main-d'œuvre, de même que déjà la détermination très précise de la qualité des matériaux à employer a empêché les soumissionnaires de faire porter sur eux leur déduction.

B. — De l'introduction des conditions du travail dans les cahiers des charges d'adjudication avant 1899.

1. Les conditions du travail et l'Etat.

L'Etat a le premier donné l'exemple de l'introduction des conditions du travail dans les cahiers des charges d'adju-

(1) M. Louvard, *La protection des salaires dans les marchés de fournitures et de Travaux Publics*, Paris, Rousseau, 1900, in-8°, p. 18 et suiv. Cet auteur, et M. Oubert, *Des conditions du travail dans les adjudications de Travaux Publics*, Thèse, Paris, Rousseau, 1900, in-8° (p. 59, à 63), soutiennent que l'adjudication avilit les prix. Ils citent des statistiques et des exemples. Contra : Colson, *Cours d'économie politique*, Paris, 1901-1905, I, p. 408.

dication. En effet, dans les cahiers des clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées de 1866 se trouve l'article 11 qui dit dans son § 2 : « Il est interdit à l'entrepreneur de faire travailler les ouvriers les dimanches et jours fériés ».

Beaucoup plus tard, et à un moment où depuis longtemps déjà avaient eu lieu les tentatives de la Ville de Paris que nous retracerons bientôt, l'Etat songea à établir des conditions du travail au profit des ouvriers qui devaient travailler pour son compte : la loi du 12 juin 1896, relative à l'Exposition universelle de 1900, dans son article 10, décide que : « Dans tous les travaux, dans toutes les commandes de fournitures et de matériel ayant pour objet la construction des bâtiments, l'organisation, l'installation de l'Exposition de 1900, *des conditions humaines de travail ouvrier* seront établies pour l'exécution des travaux en régie de la Ville de Paris et de l'Etat, ou *inscrites aux cahiers des charges des entrepreneurs*, des industriels et des fournisseurs. Ces conditions seront : un jour de repos par semaine. » Le ministre du Commerce, en exécution de cette loi, prit un arrêté en date du 25 septembre 1896, par lequel il imposait aux entrepreneurs, non pas la seule obligation d'accorder le repos hebdomadaire aux ouvriers (1) mais aussi les diverses obligations suivantes : ne pas employer le système du marchandage (2), se conformer à la

(1) Art. 11.

(2) Art. 9, § 3.

décision du Ministre sur la proportion maxima d'ouvriers étrangers à employer pour chaque nature de travaux (1).

2^o Les conditions du travail et la Ville de Paris.

Si nous laissons de côté la clause importante, mais isolée, du cahier de 1866, c'est la Ville de Paris qui a songé la première à stipuler dans ses contrats d'adjudication des conditions du travail pour les ouvriers (2).

Tout d'abord, de 1872 à 1883, le Conseil municipal s'occupa des séries de prix (3). Ces séries étaient au début de simples prévisions de prix, destinées à renseigner l'administration sur le coût total des travaux, et à servir de base aux rabais des soumissionnaires. Ces séries furent publiées et prirent peu à peu un caractère officiel : les ouvriers prirent l'habitude de considérer les prix, toujours surélevés, qui y étaient portés comme ceux auxquels ils avaient droit, et ces prétentions furent accueillies, si bien que de 1872 à 1880 les séries furent revisées tous les deux ans par une commission mixte composée d'architectes, d'ingénieurs, d'entrepreneurs et d'ouvriers (4). A partir de 1880 les in-

(1) Art. 14, § 2.

(2) Voir l'histoire du Conseil municipal de Paris à ce point de vue dans la *Thèse* précitée de M. Oubert. Les documents ont été réunis dans une monographie de M. Lucien Lambeau, « *Les conditions du travail dans les chantiers communaux* », publiée conformément à une délibération du conseil municipal de Paris du 29 juin 1896 (Paris, Imprimerie Municipale, 1896).

(3) V. *Recueil Lambeau*, les 180 premières pages.

(4) Vote du 15 janvier 1872 (*Rec. Lambeau*, p. 45).

convénients de ce système y firent renoncer et les séries perdirent tout caractère officiel (1).

Mais bientôt la question de la série de prix fait place à la véritable question des conditions du travail. Elle apparaît dès 1883 dans une proposition de M. Delhomme à la séance du 12 février, tendant à ce que tout travail mis en adjudication pour la construction, décoration et ameublement de nos monuments publics soit exécuté par des ouvriers parisiens (2), puis dans la proposition de MM. Lyon-Alemand et Dreyfus tendant à ce que la Compagnie concessionnaire du Métropolitain ne puisse pas employer plus d'un dixième d'ouvriers et d'employés étrangers. Cette dernière proposition fut adoptée après une vive discussion à la séance du 4 juin 1883, et la clause limitant au dixième l'emploi des ouvriers étrangers figura effectivement sur le cahier des charges du Chemin de fer Métropolitain et de maints autres travaux.

Après plusieurs autres tentatives dans le même sens (3) intervint la proposition Vaillant et Chabert qui avait pour but : 1° de rendre rigoureusement applicables à tous les

(1) Voir sur les inconvénients du système le rapport de M. Antide Martin à la séance du 11 mars 1880 (*Rec. Lambeau*, p. 43). Son abolition fut demandée dans le rapport Jobbé-Duval du 7 décembre 1881 (*Rec. Lambeau*, p. 87), auquel était annexé un mémoire du Préfet de la Seine du 23 novembre 1881, et consacrée par la brève délibération du 5 mai 1882 (*Rec. Lambeau*, p. 162).

(2) *Rec. Lambeau*, p. 174.

(3) V. Rapport Santon à la p. 203 du *Rec. Lambeau*, et sa discussion, p. 211. V. aussi documents divers (rapports d'ingénieurs, etc.), p. 236 à 274 du *Rec. Lambeau*.

chantiers les prix de la série officielle de la Ville, à peine de résiliation, même si un accord était intervenu entre l'entrepreneur et l'ouvrier ; 2° d'interdire le marchandage (1) et le travail aux pièces ; 3° de réduire la journée de travail à 8 heures ; 4° de protéger le travail parisien et en second lieu le travail départemental vis-à-vis du travail étranger (2). Cette proposition, renvoyée à la commission, donna lieu à toute une série de travaux préparatoires (3).

Enfin le 31 juillet 1886, après des hésitations et des revirements, le Conseil municipal vota la délibération suivante :

« Art. 1. — Dans tous les travaux de la Ville de Paris il y a lieu d'établir une journée normale de travail.

« Art. 2. — Cette journée sera de 9 heures, et il y aura un jour de repos par semaine (4) ».

Ces dispositions furent suivies et complétées par les suivantes votées le 27 avril 1887 (5) :

« Art. 1. — 1° Les prix de la série officielle en ce qui concerne les salaires seront strictement appliqués aux travaux

(1) Le marchandage est bien aboli par une loi (arrêté du 21 mars 1848) Mais la jurisprudence interprète en ce sens que seul l'abus de ce procédé est illégal. La stipulation pour autrui qui interdit le marchandage d'une façon absolue a donc un intérêt.

(2) *Rec. Lambeau*, p. 224.

(3) V. *Rec. Lambeau* presque à chaque page à partir de la page 224 jusqu'à la page 523, et 723 à 903.

(4) *Rec. Lambeau*, p. 903. Voyez les considérants économiques du Conseil municipal.

(5) Rapport Cernesson, p. 947-957 du *Recueil* et discussion, p. 959-1053.

de la Ville de Paris. 2° Les prix des salaires peuvent être déterminés de deux manières. Si l'ouvrage est fait à la journée, le prix du salaire est fixé par le prix de la journée ou de l'heure. Si l'ouvrage est fait aux pièces, le prix du salaire s'entend du prix élémentaire de main-d'œuvre, quel que soit le temps passé par l'ouvrier ; ainsi, par exemple, le mètre cube de pierre de taille sera payé par le prix obtenu en multipliant la quantité de temps moyen nécessaire, soit 5 heures, par le prix de l'heure, l'ouvrier restant libre de faire l'ouvrage soit en 4 heures soit en 6 heures, et de même pour tout autre ouvrage. 3° Enfin les ouvriers employés constamment sur les chantiers ou ateliers de la Ville, pour lesquels des règlements particuliers déterminent le service et le salaire payé au mois ou à l'année, pour lesquels par conséquent le chômage n'existe pas, doivent être considérés comme des employés à traitement fixe auxquels les prix de série ne sont point applicables.

« Art. 2. — La série officielle de la Ville de Paris sera revisée annuellement de façon que les prix des salaires soient toujours en rapport avec le taux des subsistances et les conditions générales de l'existence des travailleurs.

« Art. 3. — Chaque année la série annuelle sera applicable, en ce qui concerne les salaires aux travaux entrepris depuis plusieurs années.

« Art. 4. — Le Conseil invite l'Administration à faire exécuter la loi en ce qui concerne le marchandage. »

Cinq inspecteurs ouvriers élus chaque année, rémunérés

par la Ville, devaient veiller à l'application des conditions du travail (1).

A la suite de ces votes s'ouvre une longue lettre entre le Conseil municipal de Paris, et le gouvernement. A la séance du 11 novembre 1887 le Directeur des Travaux de la Ville donne communication au Conseil d'une lettre du ministre de l'Intérieur (M. Fallières) datée du 29 juillet 1887. Dans cette lettre le Ministre donnait l'ordre au Préfet de la Seine de ne donner aucune suite à la délibération du Conseil municipal du 27 avril 1887 précitée, parce que cette délibération était illégale comme contraire au principe de la concurrence dans les adjudications, inserit dans l'ordonnance du 14 novembre 1837, et parce qu'elle aurait pour conséquence d'empêcher les entrepreneurs d'employer les ouvriers les plus faibles qui ne mériteraient pas, par leur travail, le salaire fixé à la série, conséquence contraire à la loi de la liberté du travail et de l'industrie (2).

La délibération du 27 avril 1887 était de ce fait paralysée et inopérante.

Le Conseil municipal, devant cet obstacle qui met un retard aux adjudications de la Sorbonne, met en régie, le 30 décembre 1887, 50.000 francs de ces travaux avec application de la série de prix aux salaires (3). Il insère à nouveau les conditions du travail dans le cahier des charges de la construction de l'Ecole du Livre (4).

(1) *Rec. Lambeau*, 1111-1113.

(2) *Id.*, p. 1085.

(3) *Id.*, p. 1091.

(4) *Id.*, p. 1100 et 1101.

Le 29 février 1888, à la suite d'une discussion où se manifeste une certaine effervescence (1), l'Assemblée municipale fait énergiquement face au gouvernement et maintient ses délibérations des 31 juillet 1886, 27 avril 1887 et 30 décembre 1887. Elle décide que si l'administration s'oppose toujours à l'introduction des conditions du travail dans les cahiers des charges, les travaux seront exécutés en régie avec application de ces mêmes conditions (2). Allant même plus loin, le Conseil municipal vote, le 14 mars 1888 : 1° une interprétation de ses délibérations sur le nombre des ouvriers étrangers admis dans les chantiers ; 2° une délibération réduisant à 50/0 la proportion de ces ouvriers étrangers par rapport au total des ouvriers municipaux (3).

Quelques jours seulement après ce dernier vote, le 19 mars 1888, le Préfet de la Seine communique au Conseil municipal de Paris un Décret portant la date du 17 mars 1888, qui annule les délibérations des 27 avril 1887, 30 décembre 1887 et 29 février 1888 (v. ci-dessus) (4).

Ce décret était rendu par application de l'article 14 de la loi du 14 avril 1871 qui permet au Président de la République d'annuler par décret les délibérations prises en dehors « des matières d'administration communale telles

(1) *Rec. Lambeau*, p. 1125 et suiv.

(2) *Rec. Lambeau*, p. 1159.

(3) *Id.*, p. 1174 et 1175.

(4) *Id.*, p. 1176 et suiv. La séance où fut lu ce décret fut fort mouvementée : on se décida à la résistance.

qu'elles sont déterminées par les lois en vigueur sur les attributions municipales ». Il eût pu être un décret simple, mais vu l'importance de la question et les difficultés juridiques qu'elle soulevait, le gouvernement avait demandé l'avis du Conseil d'Etat ; les considérants qui précèdent l'annulation sont donc le résultat des délibérations de la haute assemblée administrative. Disons seulement maintenant que les griefs invoqués contre les décisions annulées étaient les suivantes : le Conseil municipal avait, par ses votes, tenté de substituer une réglementation imposée à l'effet légal des conventions entre patrons et ouvriers, par conséquent porté atteinte à la liberté du travail ; au mépris du principe de l'irrévocabilité des conventions, il s'était attribué le droit de modifier les marchés en cours d'exécution en stipulant que les résultats de la revision annuelle de la série seraient applicables aux travaux entrepris depuis plusieurs années (art. 3 de la délibération du 27 avril 1887) ; l'ordonnance du 14 novembre 1837, qui oblige toute commune à donner avec concurrence et publicité les entreprises pour travaux et fournitures, avait été violée par l'établissement d'un salaire uniforme dont la conséquence était de rendre illusoire les rabais des soumissionnaires ; enfin, en ce qui concerne la décision de ne plus exécuter qu'en régie jusqu'à ce que les conditions du travail aient été insérées dans les contrats, elle était contraire à l'article 9 du décret du 8 août 1878 d'après lequel les travaux de la Ville de Paris ne peuvent être exécutés en régie ou à la journée que quand l'Administration municipale s'y trouve obligée

par suite de circonstances de force majeure, ce qui n'était nullement le cas (1).

Aussitôt la communication du décret d'annulation, une commission étudie les mesures à prendre pour maintenir les délibérations annulées. Le rapporteur, M. Sauton, après une discussion des considérants du décret, demande à l'Assemblée d'abandonner l'article 3 de la délibération du 27 avril 1887 (celui qui rendait applicables aux marchés en cours les résultats des revisions annuelles de la série), qui avoue-t-il, prête à des interprétations erronées (2), mais de reprendre toutes les autres décisions abusivement annulées (3). Conformément au vœu du rapporteur, le Conseil municipal vote le 31 mars 1888 la délibération suivante :

« Article unique. — La délibération en date du 27 avril 1887 est reprise sauf l'article 3 qui est rapporté (4) ».

Cette décision est précédée des considérants proposés au rapport (5).

(1) Il est à remarquer que le Décret n'annule pas la délibération du 31 juillet 1886 qui établissait un maximum de 9 heures pour la journée de travail. Cette stipulation est donc considérée comme légale et pouvant valablement être insérée dans les marchés.

(2) D'après M. Sauton, cet article ne devait s'appliquer qu'aux contrats exceptionnellement longs.

(3) V. le rapport Sauton et le projet de délibération qui suit, *Rec Lambeau*, p. 1196 à 1213.

(4) *Rec. Lambeau*, p. 1214-1216.

(5) Ces considérants ont pour la plupart un ton fort peu juridique. Les motifs du décret d'annulation n'y sont pas sérieusement critiqués. Cependant on y trouve de bons arguments : notamment le conseil affirme que les « rabais scandaleux obtenus dans les adjudications ne sont explicables que par la fraude et la mauvaise exécution des travaux ; qu'il importe que les ouvriers, pour gagner une journée normale, ne soient pas con-

Le jour même de ce vote, le Conseil municipal discute un rapport de M. Sauton ayant pour but d'arriver malgré le gouvernement à faire appliquer les conditions du travail. L'auteur proposait, après rejet de cinq solutions, de faire écarter de l'adjudication par la commission chargée de l'admission des soumissionnaires tous ceux qui ne souscriraient pas aux conditions de travail. Malgré la protestation du Préfet de la Seine qui démontre que cette voie détournée est absolument inefficace et qu'on se heurtera au recours contentieux des soumissionnaires évincés, les conclusions du rapport sont adoptées (1).

Toujours dans la même séance, où il fait preuve d'une combativité remarquable, le Conseil municipal vote une délibération d'après laquelle dans les cahiers des charges d'adjudication une clause interdisant le système du marchandage devait être insérée (2).

A ce moment, où le conflit est au point le plus aigu, un ministère nouveau arrive au pouvoir (3 avril 1888, ministère Floquet). Aussitôt les rapports s'adoucissent. Le gouvernement, au milieu de la crise politique du moment, ne veut pas s'aliéner le Conseil municipal et la population, qui le soutient ouvertement. On arrive à une entente amiable.

traints de prêter leur concours à des entrepreneurs trop peu scrupuleux», et fait remarquer que si le gouvernement laisse subsister la délibération du 31 juillet 1886 comme légale, il n'a aucune raison pour ne pas agir de même pour celle du 27 avril 1887.

(1) *Rec. Lambeau*, 1217 à 1238.

(2) *Id.*, p. 1239 à 1242. La délibération porte des considérants économiques et mentionne le Décret-Loi du 2 mars 1848 sur l'abolition du marchandage. La sanction prévue est la déchéance de l'adjudicataire.

M. Sauton fait, le 27 avril 1888, un rapport où il annonce au Conseil les résultats des pourparlers entre l'administration et la Ville (1). Le rapport est discuté à la séance du 2 mai 1888 et les conclusions en sont adoptées. Voici quelles devaient être les nouvelles conditions du travail acceptées par le gouvernement : le marchandage devait être interdit ; la journée de travail devait être de 9 heures au maximum avec une journée de repos par semaine ; on abandonnerait le système de l'application stricte de la série de prix aux salaires, et on substituait à ce salaire uniforme un minimum de salaire avec un minimum surélevé pour les heures de travail exécutées en plus des 9 heures dans des circonstances exceptionnelles ; la limitation du nombre des ouvriers étrangers était reportée à 10 0/0 pour chaque nature de travaux ; dans les postes et casernes les ouvriers étrangers étaient même exclus (2).

(1) *Rec. Lambeau*, p. 1249 et suiv.

(2) *Id.*, p. 1279-1285. Voici le texte de la délibération.

• Art. 1. — Les conditions du travail des ouvriers seront réglées de la manière suivante dans les cahiers des charges servant de base aux adjudications de la Ville de Paris :

L'emploi de sous-entrepreneurs, tâcherons ou marchands est formellement interdit.

Les ouvriers employés aux travaux de la Ville devront être occupés pour le compte direct des adjudicataires sans aucun intermédiaire.

La durée normale de la journée de travail ne pourra pas excéder 9 heures de travail effectif, et il y aura un jour de repos par semaine.

Si l'ouvrage est fait à la journée ou à l'heure, l'entrepreneur sera tenu de payer à l'ouvrier dans chaque catégorie de profession le prix minimum obligatoire fixé à la série sans rabais.

Si l'ouvrage est fait aux pièces, les prix de salaire seront déterminés par les prix élémentaires mentionnés aux sous-détails de la série ; en cas

A partir de ce moment les cahiers des charges des adjudications de la Ville de Paris contiennent les clauses votées par le Conseil, sans aucune opposition du gouvernement. Mais les entrepreneurs tachent d'échapper aux nouvelles obligations qui pèsent sur eux. Cela donne lieu à de constantes réclamations des ouvriers, qui sont portées à l'assemblée par des conseillers (1).

La lutte entre le Conseil municipal de Paris et le gouvernement était donc terminée et il semblait que rien ne pût s'opposer désormais à l'application des conditions du travail. Cependant de nouveaux déboires étaient réservés à

d'absence de sous-détails pour un travail déterminé, les prix seront fixés de manière à assurer à l'ouvrier le prix minimum obligatoire de la journée fixé à la série sans rabais.

L'ouvrier aura droit au bénéfice des dispositions de la série relatives aux plus-values indiquées au prix de la série.

Dans les circonstances exceptionnelles où, par suite d'un cas fortuit, l'ingénieur ou l'architecte qui dirigerait les travaux, autoriserait l'exécution d'un travail en dehors des heures réglementaires, les heures supplémentaires ainsi autorisées seront payées le jour au prix de l'heure augmenté de 25 0/0, et la nuit au double de ce prix.

Les mêmes plus-values s'appliqueront au cas où le travail serait exécuté aux pièces en dehors des heures réglementaires.

L'entrepreneur ne pourra employer plus de 1/10 d'ouvriers étrangers pour chaque nature de travaux étant spécifié que dans les postes et casernes il ne pourra être employé que des ouvriers français.

Chaque contravention aux dispositions précédentes donnera lieu à une amende de 10 francs sans préjudice des clauses et conditions générales pouvant entraîner la déchéance de l'adjudicataire.

Art. 2... »

(1) V. *Rec. Lambeau*, p. 1291 (question Chassaing); 1293-1307 (pétition d'ouvriers); 1310 (proposition Vaillant); 1313-1348 (rejet d'une proposition de secours à des victimes d'une grève); 1249-1352 (question Benon), etc., etc., à chaque page du recueil.

leurs partisans : ils avaient encore à supporter l'opposition du législateur et l'opposition du juge.

Le Parlement fut appelé à se prononcer sur la question à propos de l'autorisation d'une opération financière concernant la voirie parisienne. Cette autorisation fut donnée par une loi du 3 décembre 1888 dans son article 1^{er} ; mais un article 2 y fut ajouté par le Sénat, puis ratifié par la Chambre, qui était ainsi conçu : « Art. 2 les cahiers des charges et séries de prix dressés pour l'exécution des travaux faits avec les fonds dudit emprunt ne pourront contenir aucune clause contraire aux dispositions du décret du 17 mars 1888, portant annulation des délibérations du Conseil municipal de Paris en date du 27 avril, 30 décembre 1887 et 29 février 1888 relatives aux travaux communaux : toute clause de ce genre sera réputée non écrite. »

Ce texte n'avait pas une portée absolument générale puisqu'il ne visait que l'application des fonds de l'emprunt. De plus, il ne pouvait point réagir sur les contrats déjà formés. Enfin le Conseil municipal crut pouvoir l'interpréter en ce sens qu'il interdisait les clauses énoncées dans les déclarations de 1887 et de 1888 visées, mais non point celles énoncées dans la dernière délibération du 2 mai 1888. Celles-ci continuèrent donc d'être en fait insérées dans les cahiers des charges. Cela dura jusqu'en 1890.

Cette date marque l'intervention du conseil d'Etat jugeant au contentieux, intervention qui réussit enfin à paralyser complètement la volonté si tenace des représentants de la Ville de Paris, Nous nous bornerons à analyser la jurispru-

dence de la haute juridiction administrative, nous réservant de l'apprécier dans un prochain paragraphe.

Le Conseil d'Etat eut à se prononcer, le 24 mars 1890 (1), sur trois groupes de requêtes. 1° Le premier groupe émanait de diverses chambres syndicales et avait pour but de faire annuler pour excès de pouvoir la délibération du Conseil municipal de Paris du 2 mai 1888, la série de prix de 1888 pour les travaux d'architecture, et quatre arrêtés préfectoraux mettant en adjudication les travaux d'entretien à exécuter dans les édifices de la ville de Paris. 2° Le deuxième groupe émanait d'un certain nombre d'entrepreneurs et avait le même but.

Ces deux séries de requêtes furent jugées non recevables par le Conseil d'Etat comme attaquant des actes préparatoires d'adjudication qui ne donnaient ni n'enlevaient aucun droit aux requérants. En dehors d'une adjudication à laquelle ils auraient concouru, ces requérants devaient être considérés comme dépourvus d'intérêt.

3° La troisième catégorie de requêtes émanait de trois entrepreneurs qui, eux, avaient concouru à des adjudications, avaient fait de plus forts rabais que les soumissionnaires qui avaient été déclarés adjudicataires, mais avaient été éliminés pour avoir refusé d'accepter les clauses contenant les conditions du travail qu'ils jugeaient illégales. Ces en-

(1) S. 1892, 3, 87. — *Rec. Lebon*, 316-324. Les deux recueils donnent en note les conclusions de M. Le Vavasseur de Précourt, commissaire du gouvernement.

trepreneurs demandaient l'annulation des arrêtés préfectoraux approuvant les adjudications en question.

Au point de vue de la recevabilité; et contrairement aux conclusions de M. Le Vavasseur de Précourt, commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat accueillit les requêtes des entrepreneurs. En effet, ils avaient intérêt direct et personnel comme ayant été admis à l'adjudication et y ayant effectivement concouru : ils avaient donc qualité pour prétendre que les clauses qu'ils n'avaient pas acceptées étaient illégales et que, par conséquent, ils auraient dû être proclamés adjudicataires comme ayant fait le plus fort rabais (1). Cette jurisprudence était d'ailleurs conforme à la jurisprudence ordinaire en matière d'adjudication et de concours. Cependant elle faisait une innovation en ce que les motifs invoqués par les requérants étaient des motifs de violation de textes rendant obligatoires la concurrence et la publicité dans les travaux des personnes morales administratives, textes édictés dans l'intérêt exclusif de ces dernières, alors que les arrêts précédents n'avaient annulé des adjudications que pour des motifs de violation de formes

(1) « Sur la recevabilité. Vu... Considérant que le sieur Caillette, pour demander l'annulation des actes ci-dessus visés, se présente en qualité d'entrepreneur porté sur la liste d'admissibilité des entrepreneurs des travaux de la Ville de Paris, et comme ayant été écarté de l'adjudication du 10 juillet 1888, bien qu'ayant fait le plus fort rabais, uniquement à raison des réserves par lui faites, dans sa soumission, au sujet des clauses insérées dans l'article 15 du cahier des charges de l'entreprise, qu'il soutenait être illégales et non obligatoires pour les soumissionnaires : que dans ces conditions la requête est recevable. »

ou d'atteinte au principe d'égalité entre les concurrents. Mais cette extension de la jurisprudence en matière d'excès de pouvoir allait, à notre avis, de soi.

Au fond, le Conseil d'Etat admit le bien-fondé des réclamations des entrepreneurs, et estima que les clauses du cahier des charges étaient illégales et de nature à entacher l'adjudication de nullité.

L'arrêt se fondait sur les motifs suivants :

1° Les clauses en question avaient été introduites en vertu d'une délibération du Conseil municipal du 2 mai 1888 qui reproduisait une partie des délibérations précédemment annulées par Décret. 2° Le législateur avait reconnu l'illégalité de ces clauses par une loi postérieure du 3 décembre 1888. 3° Les clauses étant donc nulles, les entrepreneurs requérants n'avaient pas pu être écartés de l'adjudication pour n'en avoir pas tenu compte dans leur soumission.

En conséquence, l'arrêt annulait pour excès de pouvoir les adjudications attaquées (1).

(1) « Considérant que ces clauses ont été introduites dans le cahier des charges en vertu d'une délibération du Conseil municipal du 2 mars 1888 qui reproduit sur ce point les délibérations dudit Conseil des... lesquelles ont été annulées par Décret du 17 mars 1888, comme portant atteinte à la liberté du travail et des conventions entre patrons et ouvriers et comme excédant les attributions légales du Conseil municipal ; — considérant au surplus que l'illégalité des dites clauses a été également reconnue par le pouvoir législatif ; qu'en effet l'art. 2 de la loi du 3 décembre 1888... dispose que les cahiers des charges et séries de prix dressés pour l'exécution des travaux « ne peuvent contenir aucune clause contraire aux dispositions du Décret du 17 mars 1888... ; toute clause de ce genre sera réputée non écrite » ; — considérant que les clauses contre lesquelles le sieur Caillette a formulé ses réserves figurent parmi celles que

Le Conseil municipal ne se tint pas encore pour battu : le 13 juin 1890 il vota le maintien de la délibération du 2 mai 1888 et le 28 décembre il décida que les cahiers des charges pour les adjudications des travaux d'entretien, du 1^{er} avril au 31 mars 1894, comprendraient les conditions du travail spécifiées dans cette délibération. Un décret du 23 janvier 1891 annula la délibération du 28 décembre 1890. Le 9 mars 1891, le Préfet de la Seine fut invité par le Conseil municipal à se pourvoir devant le Conseil d'Etat contre cette annulation, mais la requête fut rejetée le 23 janvier 1893 avec les considérants suivants : « Considérant que par la délibération du 28 décembre 1890 le Conseil municipal de Paris a autorisé le Préfet de la Seine à procéder à l'adjudication de divers travaux communaux, à la condition d'imposer à l'adjudicataire l'obligation de payer à ses ouvriers un salaire minimum déterminé par la ville pour une journée de travail dont elle avait également fixé le maximum de durée ; considérant que s'il appartenait au Conseil municipal de déterminer dans l'in-

le Décret et la loi ci-dessus visés ont déclarées nulles et de nul effet à raison de l'excès de pouvoir dont elles étaient entachées, et que le requérant est fondé à soutenir que leur insertion dans le cahier des charges de l'adjudication dont s'agit ne pouvait leur conférer un caractère licite et obligatoire à l'égard des entrepreneurs admis à soumissionner les travaux de la Ville ; qu'il suit de là que le refus du sieur Caillette de se soumettre aux dites clauses ne pouvait pas légalement motiver son éviction au profit d'un concurrent dont le rabais était inférieur au sien ; qu'ainsi le sieur Caillette est fondé à soutenir que le Préfet de la Seine a excédé ses pouvoirs en approuvant une adjudication dont il avait été écarté pour cette unique raison ».

térêt de la ville les conditions de ces adjudications, il ne pouvait, sans sortir de ses attributions, substituer une réglementation imposée à l'effet légal des conventions entre patrons et ouvriers, et faire obstacle à l'ordonnance du 14 novembre 1837 qui obligent les communes à donner les entreprises pour travaux et fournitures avec concurrence et publicité, etc. (1) (2) (3). »

Devant une jurisprudence aussi ferme du Conseil d'Etat, qu'aurait pu faire le Conseil municipal ? Elle était plus efficace, pour combattre ses prétentions, que tous les moyens précédemment employés par le gouvernement, elle leur enlevait tout effet. On pouvait bien insérer les conditions du travail dans les cahiers des charges : les soumissionnaires avaient le droit de n'en pas tenir compte. A partir de ce moment, le Conseil municipal de Paris devait s'incliner et attendre du législateur seul les réformes qu'il préconisait (4).

(1) S. 1896, 3, 145 et note de M. Hauriou.

(2) Ces considérants sont les mêmes, en abrégé, que ceux du Décret du 17 mars 1888 (v. plus haut). Le motif de la « réglementation imposée » est même presque textuellement reproduit.

(3) L'arrêt ne vise que le minimum de salaire et le maximum de la durée de la journée de travail. Les autres conditions du travail (marchandage, ouvriers étrangers), ont donc continué de figurer dans les cahiers des charges d'adjudication.

(4) La Ville de Paris ne fut pas la seule à accorder aux ouvriers travaillant pour son compte des conditions du travail. Il résulte de l'enquête de M. Oubert (p. 30 et suiv., *op. cit.*), que plusieurs villes ont imité sur ce point Paris. Dans certaines localités, comme à Toulouse, Roubaix, Limoges, il s'engagea une lutte entre la municipalité et l'autorité centrale. Ailleurs au contraire, comme à Albi, à Toulon, à Béziers, certaines con-

3° Appréciation de la légalité des conditions du travail avant 1899.

Il convient maintenant d'examiner dans son ampleur la question de la légalité des clauses portant conditions du travail insérées dans les cahiers des charges d'adjudication, telle qu'elle se posait avant 1899. Sans doute la question a perdu beaucoup de son intérêt (1) : les décrets de 1899 ont complètement terminé la discussion en ce qui concerne les clauses très importantes qu'ils mentionnent. Mais il est capital pour nous de savoir où peut s'arrêter la stipulation pour autrui dans l'exercice de sa fonction qui est de remédier aux lacunes de la législation par la voie contractuelle, et sur ce point nous verrons que les décrets de 1899 n'ont rien changé.

Evidemment, la stipulation pour autrui peut combler des lacunes, mais elle ne peut pas aller à l'encontre des lois. Sa limite est donc sa légalité.

Nous ajouterons même que cette légalité devra être appréciée strictement. Les effets des contrats passés par les personnes morales administratives sont beaucoup plus étendus que ceux des contrats passés par des personnes privées : l'importance des sommes engagées, du personnel

ditions ont été insérées dans les cahiers des charges sans opposition du Préfet et ont été en fait appliquées.

(1) Disons tout de suite qu'elle pourrait reprendre de l'acuité, si une municipalité introduisait dans ses marchés des conditions du travail plus avancées que celles des Décrets 1899, par exemple le minimum de salaire au lieu d'un salaire normal.

employé, des matériaux mis en œuvre, la grande publicité des travaux, etc..., tout concourt à faire sortir en réalité ces contrats de la sphère du pur droit privé. Ils en sortent encore par les répercussions qu'ils peuvent avoir sur les finances publiques.

Il est donc de toute importance qu'il y ait contre les abus des barrières appropriées. Elles existent dans notre droit; ce sont : 1° la tutelle administrative préventive, contrôle *a priori*; 2° l'intervention du juge, contrôle *a posteriori*.

La tutelle administrative se fait de moins en moins rigoureuse. Les lois qui régissent actuellement les départements (loi du 10 août 1871), les communes (loi du 5 avril 1884), sont allées fort loin dans le libéralisme. Même quand la tutelle semble efficace, comme pour la Ville de Paris qui est restée sous le régime des lois antérieures de la monarchie de Juillet et du second Empire, elle n'aboutit pas toujours en pratique aux résultats désirés, par suite de l'intervention de la politique, ou pour d'autres raisons, et la preuve en est dans cette lutte entre la Ville de Paris et le gouvernement, que nous avons retracée.

Il importe donc que le contrôle judiciaire se fasse d'autant plus sérieux que le contrôle administratif préventif se montre impuissant, et ce n'est qu'une application particulière de cette vérité très générale qu'un régime de liberté n'est possible que si le règne de la légalité est absolu.

En ce qui concerne donc les conditions du travail dont nous nous occupons, le juge devra en apprécier la légalité

d'une façon stricte, et ne se tenant pas attaché à la lettre même de la loi, il pourra rechercher si elles sont conformes non seulement aux textes, mais aussi aux principes généraux de notre Droit (1).

Nous croyons que l'application de ces principes ne nous conduit pas à considérer comme illégales les clauses insérées naguère par le Conseil municipal de Paris dans son cahier des charges. Pour nous en convaincre, examinons les griefs qu'on a fait valoir contre elles.

1° Arguments de l'arrêt du 21 mars 1890.

Ce sont les arguments purement juridiques et de texte, dans lesquels la question n'est pas envisagée dans toute son ampleur.

Tout d'abord le Conseil d'Etat constate que les clauses attaquées ont été insérées dans le cahier des charges en vertu d'une délibération du 2 mai 1888 qui reproduisait les délibérations des 27 avril 1887, 30 décembre 1887 et 29 février 1888, lesquelles ont été annulées par le décret du 17 mars 1888 comme portant atteinte à la liberté du travail et des conventions entre patrons et ouvriers et comme excédant les attributions du Conseil municipal. Il en résulte que la délibération du 2 mai 1888 est elle-même entachée de nullité.

Il semble bien en effet qu'une délibération identique à une délibération annulée comme illégale doive être considérée par le juge comme nulle et de nul effet encore que,

(1) C'est l'opinion de M. Hauriou dans sa note sur l'arrêt du 21 janvier 1895 (S. 1896, 3, 145).

dans le cas de l'application de l'article 14 de la loi du 14 avril 1871, le décret d'annulation apparaisse comme une mesure absolument particulière visant exclusivement l'acte annulé. Mais nous ne nous trouvons pas en face d'une reproduction exacte des délibérations annulées. En effet, le décret du 17 mars 1888 visait l'établissement d'un salaire uniforme fixé au taux de la série officielle des travaux de Paris (1). Or, la délibération du 2 mai 1888 décidait que les contrats mentionneraient un minimum de salaire (2). Le décret relevait que les revisions annuelles de la série devaient s'appliquer même aux contrats en cours, au mépris de l'irrévocabilité des conventions (3). Or, cette clause ne reparut pas dans la délibération du 2 mai 1888. Ces différences, qui peut-être ne changeaient pas radicalement la nature des stipulations imposées par la Ville, étaient cependant suffisantes pour qu'on ne pût pas appliquer à la seconde délibération le décret d'annulation de la première. Peut-être peut-on dire que si le Conseil municipal avait du premier coup adopté le texte de la seconde délibération, aucun décret d'annulation ne serait intervenu.

De plus, cette seconde délibération avait reçu une consécration officielle qui avait toujours manqué aux précédentes : elle avait formellement été approuvée par le représentant du pouvoir central, et grâce seulement à cette approbation elle avait pu recevoir exécution.

(1) Décret 17 mars 1888, 1^{er} considérant.

(2) Délibération du 2 mai 1888, art. 1, al. 5 et 6.

(3) D. 17 mars 1888, 3^e et 4^e considérant.

Nous ne pensons donc pas que les clauses dont il s'agit puissent être regardées comme nulles, parce qu'ayant été annulées *a priori* pour ainsi dire par le décret du 17 mars 1888. Et si le Conseil d'Etat a entendu par son considérant s'approprier les motifs du décret du 17 mars 1888 pour les appliquer à la délibération du 2 mai, nous renvoyons à ce qui sera dit bientôt de ces motifs (1).

En second lieu le Conseil d'Etat tire argument de ce que l'illégalité des clauses a été reconnue par le pouvoir législatif quand a été votée la loi du 3 décembre 1888. Cet argument, sur lequel insiste également M. Lambert dans sa thèse sur la *Stipulation pour autrui* (2), n'est pas non plus convaincant. Tout d'abord, comme le reconnaît M. Le Vasseur de Précourt dans ses conclusions, la loi du 3 décembre 1888 est postérieure non seulement à la délibération du 2 mai 1888, mais aussi aux arrêtés préfectoraux (6 août 1888) qui ont approuvé les adjudications passées le 10 juillet et qui étaient l'objet du recours : elle est donc inapplicable à l'affaire. Mais peut-être pourrait-on lui prêter un caractère interprétatif, par conséquent rétroactif, et c'est ce que semble faire le juge administratif dans son arrêt ; mais les termes même de la loi de 1888 s'y opposent : c'est une loi de tutelle administrative, approuvant une imputation de fonds d'emprunt ; elle n'a pas même une valeur générale pour l'avenir, puisqu'elle ne parle que des « cahiers des

(1) V. *infra*, p. 65 et suiv.

(2) *Op. cit.*, p. 345 et suiv.

charges dressés pour l'exécution des travaux faits avec les fonds dudit emprunt » (1).

Mais sans nous attarder plus longtemps à ces arguments de texte, examinons les discussions de principes auxquelles a donné lieu notre débat.

2° Argument tiré de la violation de l'ordonnance de 1837 sur la concurrence et la publicité.

Le décret du 17 mars 1888, dont les considérants, qui ont été rédigés par le Conseil d'Etat, se retrouvent résumés dans l'arrêt rendu en matière contentieuse par la même assemblée le 23 janvier 1893, affirme que dans le fait d'établir un salaire uniforme et un maximum de la durée de la journée de travail, il y a une altération des données du contrat d'adjudication et une restriction de la concurrence qui a pour effet de rendre les rabais illusoires, c'est-à-dire impossibles ou minimes.

M. Le Vayasseur de Précourt dans ses conclusions adhère de la façon la plus expresse à cette doctrine en ce qui concerne le minimum de salaire : « Cette intervention, dit-il, a pour conséquence nécessaire de restreindre la concurrence et par conséquent de dénaturer le contrat d'adjudication en éloignant les soumissionnaires, ou tout au moins de rendre les rabais illusoires » (2).

Il n'est pas douteux que les communes soient tenues

(1) Voyez dans Oubert (*Op. cit.*), p. 42 et 43 les paroles du rapporteur au Sénat.

(2) Dans le même sens, lettre du Ministre au Conseil municipal du 29 juillet 1887. *Rec. Lambeau*, p. 1085.

d'user pour leurs travaux du système de la concurrence et de la publicité. Cela est dit en termes exprès dans l'article 1^{er} de l'ordonnance du 14 novembre 1837 portant règlement sur les travaux et les fournitures des communes (1). Ce serait donc cette ordonnance qui serait violée par l'établissement des conditions du travail visées, si le raisonnement du Conseil d'Etat et de son commissaire du gouvernement est exact.

Mais en quoi les conditions du travail peuvent-elles être contraires au principe de la concurrence (nous ne parlons pas même de la publicité qui, à vrai dire, n'est pas du tout en question)? On voit bien qu'elles empêcheront le soumissionnaire d'effectuer ses rabais sur la main-d'œuvre, et c'est d'ailleurs leur but; on voit bien aussi que cela se traduira par une augmentation de dépenses pour la commune; mais il n'y a rien là qui réduise la concurrence. La concurrence est assurée dès qu'on a établi les soumissionnaires sur un pied d'égalité parfaite, et les conditions du travail n'y sont point un empêchement. D'ailleurs la plupart des conditions du cahier des charges ne tendent-elles point à imposer à l'entrepreneur certaines obligations qui, à des degrés divers, le limitent dans ses rabais? la clause sur la qualité des matériaux notamment n'a-t-elle point directement ce résultat? et ne peut-on pas dire aussi bien que fixer le taux du salaire, c'est fixer aussi la qualité du

(1) Art. 1^{er}. « Toutes les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance seront données avec concurrence et publicité, sauf les exceptions ci-après... »

travail? Répondre à ces questions, c'est du même coup avouer que l'argument que nous examinons est sans valeur.

M. Le Vavasseur de Précourt faisait d'ailleurs une distinction que nous n'avons pas eu besoin de faire dans le raisonnement qui précède : il affirme que le minimum de salaire diminue la concurrence, mais il reste hésitant sur le point de savoir si le maximum de durée de la journée de travail a le même effet. Il serait disposé à admettre cette clause comme légale si elle était la seule, parce qu'elle n'a pour conséquence que d'augmenter la durée des travaux. Cette distinction ne nous paraît pas s'imposer. La fixation d'un maximum de la durée de la journée de travail a tout aussi bien comme résultat d'augmenter les charges de l'entreprise que la fixation d'un minimum de salaire, car les frais généraux de l'entreprise sont les mêmes par jour, quelle que soit la durée de la journée de travail (1); elle apporte donc elle aussi une limitation aux rabais possibles des soumissionnaires et ni plus ni moins que l'autre elle ne porte atteinte, ce faisant, à l'ordonnance de 1837.

3° Les délibérations du Conseil municipal de Paris ont un caractère législatif abusif et sont opposées au principe de la liberté du travail et de l'industrie.

Mais, dit-on, si les arguments invoqués jusqu'à présent sont bien ceux qui ont été mis en avant dans les textes officiels, il en existe d'autres d'une plus grande portée qui

(1) V. Oubert, *op. cit.*, p. 70-71.

ont véritablement déterminé l'attitude du Conseil d'Etat, et ceux-ci ne font que transparaître dans les décisions de cette assemblée, parce qu'ils ne se rapportent pas à des textes précis, mais à des principes généraux qui dominent notre droit.

En réalité, les décisions du Conseil municipal de Paris ont paru vouloir substituer au régime des libres conventions entre patrons et ouvriers, un régime radicalement différent et sur lequel on pourrait placer l'étiquette socialiste. Sous l'apparence contractuelle ç'aurait été toute une réglementation d'autorité qu'aurait visée l'assemblée des représentants de Paris. Ils auraient bien vu que grâce à l'énorme importance des marchés de la Ville, tous les marchés privés seraient influencés par l'existence des conditions du travail sur les chantiers communaux : c'était un pas vers la réalisation de la journée de huit heures, du minimum de salaire, etc... pour toutes les entreprises particulières. Ç'aurait été, en un mot, dans un esprit beaucoup plus *législatif* qu'*administratif* qu'auraient été prises de pareilles délibérations. On ne pouvait tolérer cette attitude, par laquelle une assemblée locale sortait du cercle de ses attributions (1).

C'est cette manière de voir qui se manifeste dans les conclusions de M. Le Vavasseur de Précourt : « La première impression qui résulte de la lecture du nouveau cahier des charges, c'est que le Conseil municipal a voulu

(1) C'est la thèse de M. Hauriou (note sous l'arrêt de 1895).

en quelque sorte faire œuvre de législateur, en réglant les conditions du travail des adultes, comme la loi a réglé les conditions du travail des femmes et des enfants employés dans les manufactures. Dans le rapport qui a précédé la première délibération, le rapporteur s'exprimait ainsi : « L'ouvrier vit au jour le jour, il n'a pas de crédit, il se « trouve en face d'un patron qui a un capital, du crédit, et « qui lui impose ses conditions. Il faut donc protéger le « premier contre la toute-puissance du second. Pourquoi « en Angleterre le pouvoir public n'intervient-il pas dans « ces questions ? C'est qu'il y a dans ce pays une organisa- « tion ouvrière égale en puissance à l'organisation des pa- « trons, celle des Trade's Unions. Cette force qui contre- « balance la force du capital n'existe pas en France. Voilà la « signification de l'intervention de la Ville de Paris dans les « travaux de la ville, de l'Etat dans les travaux de l'Etat. « La Ville et l'Etat représentent cette force compensatrice « qui fait défaut aux ouvriers dans leur lutte contre les « patrons. » Cet exposé très net et très loyal fait bien ressortir le sens de la délibération et le Conseil d'Etat ne s'est pas mépris sur sa signification en considérant qu'elle dépassait la limite des attributions municipales. »

Ainsi on n'apprécie pas les décisions du Conseil municipal en elles-mêmes, on les estime viciées par l'intention qui animait ceux qui les ont votées et qui voulaient par là remédier à une lacune de la législation.

Le décret du 17 mars 1888, à peu près reproduit sur ce point par l'arrêt de 1895, dans un de ses considérants, fait

assez nettement apparaître la même façon de voir : « Considérant que s'il appartient au Conseil municipal de régler, dans l'intérêt de la ville, les conditions des adjudications, il ne peut, sans sortir de ses attributions et sans porter atteinte à la liberté du travail, *substituer une réglementation imposée* à l'effet légal des conventions entre patrons et ouvriers (1). »

Ce considérant est le seul qui soit mentionné dans l'arrêt du 21 mars 1890 comme faisant partie des considérants du décret du 17 mars 1888. Il y a là une indication qui permet de penser que ce motif a été jugé par le Conseil d'Etat au contentieux comme le plus fort de ceux qui figuraient au décret.

Nous avons déjà dit que nous admettions que le contrôle de la légalité des stipulations dont il s'agit soit très sévère, et qu'il relève des infractions aux principes généraux de notre Droit. Devons-nous considérer que véritablement les délibérations du Conseil municipal de Paris étaient prises en dehors de la sphère d'action municipale ou contraires au principe de la liberté du travail et des conventions ? Nous ne le croyons pas.

Que les stipulations insérées dans les cahiers des charges de Paris aient été faites dans l'intention de remédier à une lacune des lois, ce n'est pas douteux, mais maintes fois la stipulation pour autrui a joué ce rôle, comme nous l'avons dit à propos de l'assurance au profit de tiers, et surtout à

(1) 2^e considérant.

propos des clauses des contrats administratifs que nous avons examinées avant d'aborder l'étude des conditions du travail (1). Le fait que le stipulant se propose de réaliser, par un instrument juridique souple et commode et seulement dans ses relations contractuelles, une idée qu'il souhaiterait voir réalisée d'une façon absolument générale, et le fait même qu'il espère que son exemple ou son influence aidera à cette réalisation générale, ne vicie aucunement un acte juridique parfaitement légal d'ailleurs.

La question de l'intention étant donc écartée, il reste à se demander en quoi les délibérations du Conseil municipal de Paris, considérées en elles-mêmes, sont empreintes d'un caractère législatif abusif.

La qualité extra-communale de ces délibérations pourrait venir ou de la sphère de leur application, ou de leur but, ou du moyen employé.

Au premier point de vue, elles ne s'appliquent qu'aux entrepreneurs municipaux s'engageant vis-à-vis de la Ville à accorder certains avantages aux ouvriers qu'ils emploieront dans les travaux communaux, et par là elles respectent le domaine des autres personnes morales et celui des individus, et restent dans la spécialité municipale.

Au second point de vue, elles ont pour but d'assurer aux ouvriers qui travailleront pour la Ville des conditions humaines de travail, c'est-à-dire elles ont un but d'assistance,

(1) Voy. notamment pour les accidents professionnels et les maladies professionnelles, *supra*, p. 31.

d'hygiène, de défense sociale contre la misère et la maladie. Il n'y a rien là qui sorte des attributions des Conseils municipaux. Ces assemblées disposent de sommes considérables qui ont précisément ces destinations, et c'est une de leurs fonctions essentielles que de veiller à ce qu'elles les atteignent.

Quant au moyen employé, on dit qu'il est illégal comme contraire au principe de la liberté du travail et des conventions contenu dans le décret des 2-17 mars 1791 (art. 7) (1). On ne peut pas admettre cette affirmation si l'on songe qu'il s'agit d'un simple contrat par lequel les entrepreneurs de la Ville s'engagent à accorder à leurs ouvriers employés dans les travaux de la Ville certains avantages et non d'une injonction ou d'une prohibition quelconque. N'importe quel particulier pourrait agir de la même façon, quelles que soient son importance et son influence.

En réalité, l'opération se résout en une subvention indirecte, représentée par l'augmentation infaillible du coût du travail public. Ce procédé peut être critiqué au point de vue de l'opportunité, ou comme contraire à la clarté budgétaire ou à d'autres principes économiques, mais il n'a rien d'illégal. Il n'est point interdit par la loi aux communes de poursuivre un double but, par exemple d'utilité publique et d'assistance, dans la même opération.

(1) « A compter du 1^{er} avril prochain il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ».

Et si l'on objecte qu'une assemblée communale n'est point un particulier qui paie ses ouvriers avec son propre argent, mais un organe administratif chargé de gérer les fonds fournis par la collectivité de la façon la plus sage, et que tout est à craindre si on lui reconnaît le droit de prendre les mesures de philanthropie les plus fantaisistes aux frais du contribuable, on fait le procès de notre régime de décentralisation fondé sur une certaine confiance faite aux représentants des intérêts locaux, et on doit aller plutôt devant le législateur que devant le juge. Devant ce dernier l'argument est sans valeur.

Au surplus, il serait tout à fait illogique de faire des distinctions entre les diverses conditions du travail, qui toutes ont pour effet d'augmenter le prix des travaux, et si on a admis la légalité de la clause sur le repos hebdomadaire dans le cahier des clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées de 1866, si on a admis dans les cahiers de la Ville de Paris la légalité de la limitation du nombre des ouvriers étrangers, le repos hebdomadaire, l'interdiction du marchandage, on ne peut vraiment pas, sans arbitraire, se refuser à admettre le minimum de salaire et le maximum de la durée de la journée de travail.

Il faut faire aussi remarquer que de tout temps, dans les travaux entrepris en régie, et même dans les contrats intervenus de gré à gré entre elles et leurs concessionnaires, les différentes personnes morales administratives ont fait un large emploi des conditions du travail. Ce qui est légal sous le régime de la régie ou de la concession, ne

peut pas devenir illégal sous le régime de l'adjudication.

Observons enfin que si les décrets de 1899 sont venus faire taire les scrupules concernant la publicité et la concurrence des adjudications, règles établies par des textes de même autorité, ils n'eussent point été capables de faire cesser les arguments que nous venons d'étudier relatifs au caractère législatif et dérogatoire au principe de la liberté du travail et des conventions des décisions du Conseil municipal de Paris. Une loi seule aurait pu avoir ce résultat. Le fait que les conditions du travail sont admises universellement comme légales depuis 1899, prouve qu'elles n'étaient point contraires à ces grandes règles générales.

Nous croyons maintenant avoir justifié notre opinion sur la parfaite légalité des conditions du travail,

C. — Les Décrets de 1899.

1° Historique. — Légalité.

La légalité de l'introduction de certaines « conditions de travail » dans les cahiers des charges ne fait plus de doute aujourd'hui pour personne, après les décrets du 10 août 1899.

Ces décrets ont été précédés de tout un travail parlementaire (1). Dès 1894, M. Edouard Vaillant, qui avait pris part

(1) Prop. de loi déposée à la Chambre des députés par M. Edouard Vaillant et quarante-huit de ses collègues le 30 janvier 1894 (*J. Off. Doc. parl.*, Chambre 1894, p. 403-408). Proposition André Castelin à la Cham-

à la lutte du Conseil municipal de Paris pour les conditions du travail, lutte qui s'était terminée par un échec devant le Conseil d'Etat (voyez plus haut), proposait au législateur d'autoriser la Ville de Paris à insérer dans les cahiers des charges les conditions du travail votées par le Conseil municipal à la date du 2 mai 1888 (1). Cette proposition donna lieu à des études, des rapports, et fut suivie de plusieurs autres analogues s'appliquant à l'Etat, aux Départements, aux Communes. En juin 1899 toutes les propositions émises sur ce sujet furent à nouveau étudiées par la commission du travail de la Chambre qui rédigea elle-même un projet de loi dont le but était de contraindre l'Etat et d'autoriser les Départements et Communes à insérer dans leurs marchés l'interdiction du marchandage, la fixation d'une durée normale et d'une rémunération normale de la journée de travail dans la région considérée, l'octroi d'un jour de repos hebdomadaire, la limitation du nombre des ouvriers étrangers (ces deux dernières clauses devaient être obligatoires même pour les Départements et communes). Le rapport sur ce projet fut fait par M. P.

bre des députés le 23 juin 1894 (*Doc. parl*, Chambre, 1894, p. 1055, 1057). Ces propositions furent rapportées d'abord par M. Bouge qui en était l'adversaire, puis par M. Lavy qui leur était favorable. Mais ce dernier rapport ne put être discuté en temps utile. Proposition de M. Dansette et de plusieurs de ses collègues de la droite et du centre. Proposition de M. Holtz. On trouvera réunis les textes de ces différentes propositions dans le rapport de M. Baudin, p. 2 et suiv. V. ci-dessous, p. 76 n. 1.

(1) Rappelons quelles étaient ces conditions : Interdiction de marchandage ; durée de la journée de travail fixée à 9 heures ; repos hebdomadaire ; salaire minimum obligatoire ; limitation à 1/10 du nombre des ouvriers étrangers.

Baudin (1) qui l'accompagna des Documents nombreux amassés au cours des différentes enquêtes. La discussion publique avait déjà été abordée et avait donné lieu à plusieurs discours (2), lorsque le ministre du Commerce M. Millerand, prévint la Commission du travail qu'il pensait pouvoir réaliser par décret une partie de la réforme (3). La Commission en fut émue et demanda à la Chambre, par l'entremise de son président, la réinscription immédiate du projet à l'ordre du jour de la Chambre. Mais avant que la discussion ait pu être reprise, apparaissaient les décrets du 10 août 1899.

La légalité de ces décrets a été vivement contestée. M. Bauregard les a critiqués à la tribune et dans la presse (4). Il soutient que le gouvernement n'avait pas le droit d'intervenir dans la matière des conditions du travail par voie de décret ; pour lui, en effet, ces conditions sont contraires à la loi des 2-17 mars 1791 sur la liberté du travail, et cela est amplement suffisant pour qu'un décret soit impuissant à les valider sans qu'il soit nécessaire de s'arrêter à cette considération que l'ordonnance, de 1837, qui pose le principe de la concurrence et de la publicité peut être

(1) *Annexe* à la séance du 3 mars 1899. Impressions de la Chambre des députés, 7^e législature, t. II, n° 776.

(2) Séance des 4 et 5 mai 1899. *Doc. parl.* Chambre des députés, 1899, t. II, p. 24 et 49.

(3) Séance du 3 juillet 1899. *Doc. parl.* Chambre des députés, 1899, t. II, p. 625.

(4) *V. Monde économique*, 8 juillet et 19 août 1899. *Débats parl.* Chambre des députés, 4 juillet 1899, II, p. 665 et suiv.

modifiée régulièrement par décret. M. Bauregard fait également remarquer que l'assurance qu'on avait donnée à la Chambre qu'elle restait saisie de la question est illusoire, puisque les décrets reproduisent purement et simplement le projet, sans qu'il soit tenu compte des modifications votées par la Commission, et ne laisse de côté que les pénalités qui ne peuvent être établies que par une loi, mais qui sont efficacement remplacées par l'insertion de clauses pénales dans les contrats et par la sanction administrative de l'exclusion des adjudications.

Que la procédure employée par le Ministre ait pu provoquer les réclamations de certains députés, il n'y a pas à s'en étonner, mais nous n'avons à nous préoccuper ici que de savoir si cette procédure était valable et efficace et sur cette question l'affirmative ne semble pas douteuse.

Il est certain que si, comme l'affirmait M. Bauregard, les conditions du travail étaient contraires à la loi des 2-17 mars 1791 sur la liberté du travail, et sortaient des limites des attributions des Conseils municipaux, les décrets de 1899 seraient complètement inopérants. Mais nous avons montré précédemment qu'il n'en est rien, et si le Décret du 17 mars 1888 qui annule certaines délibérations du Conseil municipal de Paris (1) et l'arrêt du Conseil d'Etat du 25 janvier 1895 (2) adoptent ces arguments, ce n'est que par une interprétation susceptible d'être abandonnée, et réellement

(1) V. *Supra*, p. 49.

(2) V. *Supra*, p. 58.

abandonnée d'ailleurs par le seul fait de l'approbation donnée par le Conseil d'Etat aux décrets de 1899. Sur ce point en tout cas c'est au juge de se prononcer ; son pouvoir reste entier, après comme avant 1899. Le Conseil d'Etat qui s'était prononcé le 25 janvier 1895 en ce sens que les conditions du travail, non seulement étaient contraires aux règles des adjudications, mais aussi constituaient de la part du Conseil municipal un empiètement sur le domaine législatif, peut encore opposer cet argument que les décrets de 1899 n'ont nullement affaibli. Mais il ne l'a pas fait jusqu'ici, et il est douteux qu'il le fasse si l'occasion s'en présente. Personne ne critique plus les conditions du travail à ce point de vue.

Si au contraire les conditions du travail étaient illégales comme dérogeant au principe de la publicité et de la concurrence établi pour les marchés des communes par l'ordonnance du 14 novembre 1837 (art. 1^{er}), prise en Conseil d'Etat par délégation de la loi communale du 18 juillet 1837, et pour les marchés de l'Etat et des Départements, par le décret portant règlement d'administration publique du 18 novembre 1882 (art. 1), par délégation de la loi du 31 janvier 1833 (art. 11), il était parfaitement loisible au gouvernement de modifier ces textes réglementaires par des textes de même valeur. Or, les décrets de 1899 ont été pris le Conseil d'Etat entendu : ils sont donc parfaitement efficaces.

Sans doute nous avons soutenu que les conditions du travail n'étaient pas contraires, en réalité, au principe de la

publicité et de la concurrence. Mais du moment que l'affirmation inverse était l'argument principal du décret du 17 mai 1888, de l'arrêt de 1893 et des conclusions de M. Le Vavasseur de Précourt, du moment que le Conseil général des Ponts-et-Chaussées, par l'intermédiaire de son rapporteur, affirmait que c'était le seul obstacle légal à l'insertion des conditions du travail (1), on comprend que le Ministre en modifiant directement les textes invoqués ait coupé court à toute discussion. Il n'était nullement besoin d'une loi pour cela. Ce qu'on pourrait reprocher aux décrets de 1899 en tant que rendant possibles l'insertion des conditions du travail dans les contrats d'adjudication, c'est plutôt leur inutilité théorique que leur insuffisance (2).

2^e Etude des Décrets de 1899.

Les décrets pris à la date du 10 août 1899 sont au nombre de trois : le premier cencerne les marchés passés au nom de l'Etat, le deuxième ceux passés au nom des Départements, le troisième ceux passés au nom des communes et des établissements publics de bienfaisance. Nous allons les analyser succinctement, sans entrer dans les détails d'application technique sur lesquels une étude comme celle-ci n'a pas à s'étendre. C'est seulement l'intérêt juridique et la portée de ces textes, qui constituent un des plus notables pro-

(1) Voy. *Débats parlementaires*. Chambre des députés. Séance du 4 juillet 1899-1899, II, p. 668.

(2) Sans contester d'ailleurs leur utilité pratique.

grès de l'utilisation de la stipulation pour autrui en droit français, que nous tâcherons de mettre en lumière.

a) Caractère obligatoire ou facultatif, à l'égard des personnes publiques intéressées, des clauses mentionnées aux Règlements d'administration publique.

La seule différence qu'il y ait entre les trois décrets réside en ce que les clauses qui y sont mentionnées devront *obligatoirement* figurer dans les marchés de l'Etat (1), alors qu'ils sont seulement *autorisés* pour les marchés des Départements, communes et établissements de bienfaisance.

La raison de cette différence est facile à expliquer. L'autorité qui a fait les décrets portant Règlement d'administration publique, c'est-à-dire le Gouvernement, parle à la fois au nom de l'Etat puissance publique et de l'Etat personne morale et patron. Elle était parfaitement qualifiée, comme investie de la puissance publique, pour lever une difficulté juridique provenant de textes semblables à ceux qu'elle pouvait faire, et cela d'une façon tout à fait générale et pour toutes les personnes publiques intéressées. Quant à ordonner que certaines clauses fussent insérées dans des contrats, c'est-à-dire dans des actes qui résultent des volontés des parties, cela n'était pas possible au gouvernement considéré comme détenteur de la puissance publique, car aucune loi ne lui a

(1) Il y a d'ailleurs à cette obligation générale deux exceptions relatives : 1^o aux objets dont la fabrication est exclusivement attribuée à des porteurs de brevets d'invention ; 2^o aux ouvrages et objets d'art et de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes ou des industriels éprouvés.

donné pour cela une délégation suffisante ; en effet, la délégation des lois de 1833 et de 1837 ne permet pas au Règlement d'administration publique d'intervenir à propos du contenu même des contrats : la loi de 1837 donne pouvoir au maire « de souscrire les marchés, de passer les baux des biens, et les adjudications... dans les *formes* établies par les lois et Règlements » (art. 10 6°), et la loi de 1833, applicable pour les Départements comme pour l'Etat, dans son article 12, ne parle aussi que des « formalités à suivre ». L'obstacle était donc ici dans l'existence des lois de décentralisation. Imposer les clauses en question n'était donc possible au gouvernement que comme représentant la personne morale de l'Etat, susceptible de passer en son propre nom des contrats, et sur le domaine de l'Etat seulement.

Il y a donc dans le premier Décret de 1899 intervention du Gouvernement à la fois comme représentant de l'Etat-patron et comme législateur délégué, alors que dans les deux autres décrets c'est seulement en cette seconde qualité qu'il est apparu.

Il faut remarquer d'ailleurs que toutes les clauses n'ont pas ce caractère d'être imposées à l'Etat et permises aux autres personnes publiques. L'article 2 de chaque décret mentionne des stipulations obligatoires pour ces dernières autant que pour l'Etat, à savoir : 1° l'interdiction de soustraire sans autorisation et sans rester responsable tant envers l'administration qu'envers les ouvriers et les tiers ; 2° l'interdiction du marchandage.

Il semble qu'il y ait là une négation de la thèse soutenue

ci-dessus, d'après laquelle le gouvernement n'a pas de délégation suffisante pour régler le contenu même des contrats. Peut-être le gouvernement a-t-il considéré ces deux clauses comme d'une nature différente de celle des conditions du travail, la première comme étant un accessoire nécessaire du système de l'adjudication dont toute la procédure tend à procurer à la personne morale non seulement des prix avantageux, mais aussi des entrepreneurs choisis et connus d'elle, et comme pouvant à ce titre prendre place dans les règlements d'administration publics qui organisent ce système de marchés (une clause analogue est imposée aux communes par l'article 3 de l'ordonnance du 14 novembre 1837), la seconde comme étant un simple rappel d'une prohibition que l'auteur des décrets croyait pouvoir lire dans des textes législatifs malgré une jurisprudence contraire des tribunaux qui ne considèrent comme prohibé que l'abus du marchandage.

On peut avoir des doutes sur la valeur des dispositions réglementaires dont nous parlons. Il n'apparaît point clairement que l'interdiction de sous-traiter puisse être davantage imposée aux personnes morales décentralisées que les conditions du travail ; quant au rappel de l'interdiction du marchandage « telle qu'elle résulte du décret du 2 mars 1848 et de l'arrêté du gouvernement du 21 mars 1848 », il ne peut rien enlever à la valeur de la jurisprudence, un Décret ne pouvant point interpréter un texte législatif, et il ne peut avoir qu'une portée contractuelle, par conséquent il n'y a pas à le distinguer des autres conditions du travail

simplement facultatives pour les départements et communes.

b) Etude des clauses mentionnées aux Décrets de 1899.

La question du caractère obligatoire ou facultatif mise à part, les trois décrets sont identiques et il convient d'en examiner le contenu.

Les dispositions conventionnelles qui devront ou pourront être introduites dans les marchés sont applicables « dans les chantiers ou ateliers organisés ou fonctionnant en vue de l'exécution d'un marché ». L'application de ce texte soulève une difficulté. Il n'y a point de doute à avoir si les chantiers dont il s'agit sont installés sur le domaine même de l'Etat ou des personnes morales : les nouvelles clauses s'y appliquent sans hésitation. Mais s'il s'agit de chantiers appartenant privément à l'entrepreneur et dans lequel celui-ci fait, à côté de travaux pour le compte d'une personne publique, des travaux pour le compte de particuliers, il y aura une appréciation délicate à faire. Une circulaire du 30 septembre 1899 explique que dans ce cas les conditions du travail s'appliquent dès que le chantier ou l'atelier fonctionne *principalement* en vue de l'exécution du marché. Mais, à notre avis, il semble qu'il faudrait dire plutôt « presque exclusivement », les termes du décret paraissant sinon absolus, du moins fort généraux. La question n'est pas d'ailleurs susceptible d'une solution théorique nette ; c'est au juge à apprécier si dans l'affaire qui lui est soumise, l'existence de l'atelier ou chantier lui paraît ou non suffisamment subordonnée à l'existence du marché pour que les clauses soient applicables.

D'autre part, l'entrepreneur fait des marchés avec des sous-entrepreneurs ou avec des fournisseurs. Dans les premiers, par lesquels l'entrepreneur se fait remplacer pour l'exécution du marché, les conditions du travail se trouvent naturellement obligatoires pour le sous-traitant. Pour les simples achats de fournitures, il en est autrement et les fournisseurs ne sont nullement tenus vis-à-vis de leurs ouvriers aux obligations des décrets de 1899.

1^{re} Clause. — L'entrepreneur devra donner à ses ouvriers et employés un jour de repos par semaine. Il y a peu à dire sur cette disposition, elle ne soulevait aucune difficulté spéciale avant 1906. Depuis la loi du 13 juillet 1906 sur le Repos hebdomadaire, cette matière est sortie du domaine contractuel pour entrer dans celui de la réglementation administrative. L'insertion de la clause n'a donc plus de raison d'être.

2^e Clause. — L'entrepreneur devra « n'employer des ouvriers étrangers que dans une proportion fixée par l'administration selon la nature des travaux et la région où ils sont exécutés ». Cette règle s'applique efficacement pour protéger les nationaux contre la concurrence étrangère, tout en laissant une marge qui pourra profiter aux industries qui ont besoin du concours des travailleurs étrangers.

3^e Clause. — L'entrepreneur devra « payer aux ouvriers un salaire normal égal pour chaque profession, et dans chaque profession pour chaque catégorie d'ouvriers, au taux couramment appliqué dans la ville ou la région où le travail est exécuté ». Il ne s'agit pas ici d'un minimum de

salaire proprement dit, fixé à un certain chiffre permettant à l'ouvrier de vivre dans certaines conditions. Cette mesure « socialiste » n'a pas été adoptée en 1899. L'auteur des décrets a seulement voulu remédier à la conséquence souvent signalée des adjudications publiques, qui est l'avilissement des salaires (1).

L'ouvrier devra recevoir ce que reçoivent ceux qui travaillent dans les travaux privés dans la même ville ou région. Il n'y a là aucun « défi aux lois économiques », puisque le minimum du prix de la journée de travail est précisément le taux courant qui varie constamment par suite des fluctuations de l'offre et de la demande. Le mot « normal » a été associé au mot « courant » pour déterminer un salaire qui serait celui de la région indépendamment des perturbations amenées par l'existence des adjudications publiques dans l'endroit considéré. Le mot « courant » seul n'aurait peut-être pas suffisamment éliminé l'influence de ces perturbations, si elles existent.

Pour constater quel est le taux normal et courant des salaires, l'administration (2) est compétente, et les décrets indiquent de quels renseignements elle devra s'inspirer. Elle se base d'abord sur les accords intervenus entre syndicats patronaux et ouvriers de la localité ou de la région. A défaut, elle provoque l'avis de commissions mixtes composées en nombre égal de patrons et d'ouvriers, et elle se munit

(1) L'existence de cet avilissement est d'ailleurs contesté (Voy. Colson, *Cours d'Economie politique*. Paris, 1901-1905, t. I, p. 408.

(2) L'administration, c'est-à-dire, en fait, les administrations intéressées : ministères, départements, communes.

en outre de tous les renseignements utiles auprès des syndicats professionnels, des conseils de prud'hommes, ingénieurs, architectes départementaux ou communaux et autres personnes compétentes (art. 3).

Des décrets du 17 septembre 1900 et du 2 janvier 1901 ont créé de nouveaux organismes, « les Conseils du travail », dont l'une des attributions est de dresser des tableaux constatant le taux normal et courant des salaires (art. 23, décret du 17 septembre 1900). Ces conseils n'étant formés que de patrons et d'ouvriers syndiqués, on a contesté qu'ils fussent capables d'être consultés en l'occurrence, en disant que cela était contraire à la procédure organisée par les décrets de 1899 qui sont pris en Conseil d'Etat et ont comme tels plus de force que ceux qui ont créé les Conseils du travail. Cette argumentation n'a pas prévalu, et le Conseil d'Etat, le 19 février 1904 (1), a affirmé que la consultation des Conseils du travail était parfaitement conforme aux décrets de 1899. Ces Conseils, en effet, ne sont pas substitués aux commissions mixtes prévues par les décrets en Conseil d'Etat de 1899, mais, étant composés mi-partie de patrons et mi-partie d'ouvriers, ils peuvent parfaitement servir de commissions mixtes si les administrations intéressées, auxquelles il n'est nullement interdit de consulter des organismes exclusivement composés de syndiqués, veulent recourir à eux. Les tableaux dressés par les Conseils du

(1) Arr. 19 février 1904. S. 1906-3-75 avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement M. Romieu.

travail ne s'imposent nullement, ce sont de simples documents à la disposition des administrations compétentes.

Les bordereaux résultant de ces procédures sont annexés à chaque cahier des charges : ils sont affichés dans les chantiers et ateliers intéressés.

Comme il s'agit non d'un minimum socialiste, mais d'un salaire courant, celui-ci peut varier suivant l'état de l'offre et de la demande de force de travail. Aussi les décrets établissent-ils une procédure de revision sur la demande des ouvriers ou des patrons, à condition que les variations invoquées aient reçu une application générale dans l'industrie en cause. La revision des salaires a un contre-coup sur les prix du marché qui sont revisés en proportion, et sur les bases fixées dans le cahier des charges, car on ne peut pas demander à l'entrepreneur qui a calculé ses offres sur un certain taux des salaires, de continuer son travail avec la même rémunération mais avec des charges surélevées (article 3 des décrets de 1899).

4^e Clause. — L'entrepreneur devra « limiter la durée du travail journalier à la durée normale du travail en usage pour chaque catégorie dans ladite ville ou région. »

La durée de la journée de travail et le prix qui est payé à l'ouvrier pour cette journée sont d'une importance égale quand on poursuit le but de la protection de l'ouvrier. Faire payer juste prix pour une journée sans prendre garde à ce que l'ouvrier ne travaille pas plus longtemps qu'il n'est juste, serait une précaution illusoire. Aussi trouvons-nous pour la durée du travail des dispositions identiques à

celles qui régissent les salaires. C'est le même taux normal et courant (« en usage » dit le texte) dans la ville ou région, le même mode de détermination. Il nous suffit de renvoyer à ce qui vient d'être dit de la troisième clause.

Ce sont là les clauses introduites dans les marchés en vertu des décrets de 1899. Mais il faut noter que si celles relatives aux ouvriers étrangers et aux salaires ne souffrent pas d'infractions, celle au contraire relative à la durée du travail est susceptible de dérogations en cas de nécessité absolue, et à condition que l'entrepreneur obtienne l'autorisation expresse et spéciale de l'administration (art. 4^{er}).

3^o Portée des décrets de 1899.

Nous avons exposé (1) que même avant l'apparition des décrets de 1899, rien ne s'opposait à l'introduction de conditions du travail dans les marchés passés par les administrations publiques. Les décrets de 1899 sont venus supprimer l'opposition que faisaient cependant les tribunaux à ces clauses pour certaines d'entre elles qu'ils ont pu ainsi faire entrer dans la pratique (2). Maintenant se pose la question intéressante de savoir si les décrets de 1899 n'ont eu que ce résultat, et laissent la jurisprudence libre d'admettre des conditions du travail autres que celles prévues par les décrets, ou si, au contraire, ils limitent désormais l'initiative des personnes publiques aux clauses qui y sont énoncées.

(1) Voy. ci-dessus, p. 60-75.

(2) La discussion subsiste en doctrine. Voy. ci-dessus, p. 76-77.

Nous croyons que les administrations ont le droit d'insérer dans leurs contrats des clauses non énumérées dans les textes de 1899, à condition qu'elles soient légales d'ailleurs, comme nous avons admis que seraient la fixation d'un minimum de salaire ou d'un maximum de durée de la journée de travail sans qu'il soit tenu compte des chiffres courants dans la région (1).

M. Oubert (2) préconise cette solution, mais semble méconnaître l'intention des décrets de 1899 dont il fait des textes ayant simplement pour but de faire tomber la jurisprudence du Conseil d'Etat sans changer le droit, et par conséquent il ne répond pas au raisonnement que peuvent faire les partisans de l'énumération limitative.

Ceux-ci peuvent dire : « Le gouvernement agit en la matière comme législateur délégué (3) en vertu des lois de 1833 et de 1837. Il faut donc examiner son intention pour savoir la portée de son œuvre. Or, son intention a été certainement de faire siennes les conclusions du Conseil d'Etat sur l'illégalité des clauses comme contraires aux principes de la publicité et de la concurrence posés par lui-même, mais d'en écarter l'application pour un certain nombre de

(1) Nous considérerions naturellement comme illégales des clauses qui d'une façon détournée supprimeraient la garantie de la forme de l'adjudication avec publicité et concurrence valablement imposée par les Règlements. Mais c'est ce que nous ne croyons pas que font les clauses que nous avons étudiées. Voy. p. 65 et suiv.

(2) *Op. cit.*, p. 173-174.

(3) Nous employons cette expression pour la clarté et sans vouloir trancher la question constitutionnelle de la délégation du pouvoir législatif proprement dit.

clauses limitativement énumérées. Si cette intention restrictive n'avait pas existé, les décrets auraient pu, devenant simplement interprétatifs, se borner à décider que les clauses en faveur des ouvriers ne sont pas contraires à la publicité et à la concurrence. Que le gouvernement ait eu tort ou raison, son intention crée le droit. » Et on pourrait ajouter : il a sagement agi en limitant des pouvoirs qui, étant excessifs, rencontraient une opposition invincible devant les juges et en permettant à d'autres pouvoirs moins étendus, moins dangereux, d'avoir des applications pratiques.

Ce raisonnement serait irréfutable si le point de départ n'en était pas erroné. On admet dès le principe que le gouvernement est tout puissant sur les marchés des administrations. Mais on oublie que les lois de 1833 et de 1837 n'ont donné une délégation au gouvernement que pour régler la forme des contrats et non pour régler leur contenu, et de même que nous avons décidé (1) que le gouvernement n'aurait pas pu imposer aux communes l'insertion de certaines clauses, de même nous estimons qu'il ne peut pas interdire aux communes l'insertion de certaines autres clauses (2). Dans le domaine contractuel le gouvernement

(1) V. *Supra*, p. 82.

(2) Autrement dit les décrets de 1899 ne sont efficaces qu'autant que le juge s'en tient au point de vue erroné de la violation des principes formels de la publicité et de la concurrence, posés compétemment par des Règlements, mais sitôt qu'il sera reconnu que ces principes formels sont hors de question, et qu'il ne s'agit que du pur contenu des contrats les décrets apparaîtront comme inutiles, en tant qu'autorisant certaines clauses et comme impuissants en tant qu'ayant un sens limitatif.

n'a aucune autorité. Nous admettons seulement qu'agissant comme représentant de la personne Etat, le gouvernement ait pu, dans le premier décret de 1899, interdire aux administrations de l'Etat, de même qu'il a pu le leur prescrire, l'emploi de certaines clauses. Mais les départements et les communes doivent être considérés comme restant libres, et si un d'entre eux insère dans son cahier des charges que l'adjudicataire devra payer ses ouvriers tant la journée et que cette journée durera tant d'heures, sans qu'il soit tenu compte des chiffres courants de la région, nous disons que cette commune ou ce département a usé de son droit, qui ne pourrait lui être enlevé que par une loi, et qu'il n'existe point de moyen de faire annuler sa décision. L'autorité tutélaire seule, dans les cas où elle peut intervenir (art. 115, loi 5 avril 1884 par exemple), pourrait s'opposer à une semblable opération. Mais empressons-nous d'ajouter que ces conclusions sont contraires aux tendances de la jurisprudence qui, considérant les conditions du travail comme une négation de la forme de l'adjudication valablement imposée aux marchés par les règlements, ne peut respecter que celles nommément autorisées par un règlement.

L'œuvre des décrets de 1899 peut, à notre avis, se résumer ainsi : 1^o Mise à néant de l'argumentation du Conseil d'Etat d'après laquelle certaines clauses étaient illégales comme contraires aux principes de la publicité et de la concurrence, argumentation peu fondée (avons-nous dit) que cette haute assemblée pourra ou conserver ou abandonner si elle a à apprécier d'autres clauses que celles prévues par

les décrets. 2^o Tentative infructueuse, pour cause d'incompétence, de limiter les droits des personnes morales secondaires quant au contenu de leurs contrats, et de leur imposer l'insertion de certaines clauses. 3^o Ordre donné hiérarchiquement aux administrations centrales d'insérer certaines clauses et de n'insérer que celles-là.

Au point de vue théorique cette œuvre peut paraître d'un intérêt médiocre. Elle est d'un intérêt considérable au point de vue pratique : les décrets de 1899 ont rendu possible en fait des stipulations concernant le salaire et la durée du travail des ouvriers des personnes publiques et la protection du travail national ; par là ils ont ouvert un vaste champ d'expérience économique, et préparé la voie à des tentatives plus hardies.

Nous avons maintenant terminé l'étude des stipulations pour autrui du droit commun faites au profit des ouvriers et employés des entrepreneurs et fournisseurs des personnes publiques. C'étaient de beaucoup les plus importantes et les plus nombreuses parmi celles employées dans les contrats administratifs. Il nous reste à voir celles qui ont d'autres bénéficiaires.

SECTION II

Stipulations pour autrui du droit commun dont sont bénéficiaires des personnes autres que les ouvriers ou employés.

La stipulation pour autrui du droit commun n'a pas seulement profité aux ouvriers et employés des entrepreneurs et des fournisseurs des administrations. Elle a pu également être employée en faveur de tiers autres que ceux-là. A la vérité, les cas en sont assez rares ; on en peut trouver dans la législation militaire et dans la législation des eaux.

1° Le quart de place militaire.

Le cahier des charges des 6 grandes Compagnies de chemin de fer, arrêté en 1857 pour le Nord, l'Orléans et le Paris-Lyon-Méditerranée, et en 1859 pour l'Est et l'Ouest, dit dans son article 54 :

« Les militaires ou marins voyageant en corps, aussi bien que les militaires ou marins voyageant isolément pour cause de service, envoyés en congé limité ou en permission, ou rentrant dans leurs foyers après libération, ne seront assujettis, eux, leurs chevaux et leurs bagages, qu'au 1/4 de la taxe du tarif fixé par le présent cahier des charges. »

S'agit-il bien là d'une stipulation pour autrui. On peut parfaitement soutenir le contraire. Les militaires ou marins,

en effet, ne cessent pas d'être tels par le fait qu'ils sont en permission et en congé ; leur caractère de fonctionnaires publics (au sens large du mot) les accompagne partout ; en stipulant à leur profit l'Etat ne stipule que pour lui-même. Cela est d'autant plus vrai que ce n'est nullement en considération de leur avantage personnel que l'Etat a stipulé, mais uniquement en considération de son propre avantage, qui est soit le transport à bon marché des corps de troupe, soit l'allocation indirecte aux militaires d'un supplément de traitement qui rend le métier plus lucratif, soit l'amélioration du moral des troupes par la facilitation des congés et permissions, soit l'économie budgétaire qui résulte de ces congés et permissions. Mais en tout ceci l'Etat ne voit que son intérêt, et il en résulte que lui seul pourrait forcer les Compagnies à s'exécuter.

Cette thèse paraît fort solide. Il est cependant permis de penser que l'article 54 du cahier [des charges] contient une stipulation pour autrui. Si l'Etat en profite, il est bien certain que les militaires en profitent aussi, et cela d'une façon toute personnelle qui a peu de rapports avec l'intérêt proprement dit du service. Sans doute le soldat est toujours au service de l'Etat, cependant quand il part en permission ou en congé, si on lui fait une réduction sur son billet de chemin de fer, c'est bien l'homme lui-même et non le soldat qui en profite et s'en réjouit ; s'il va voir sa famille et jeter un coup d'œil sur ses affaires, ce n'est pas, à son point de vue, pour la défense nationale.

Et il est bien entré dans l'intention de l'Etat stipulant

que cette réduction soit un profit direct et personnel des bénéficiaires et que ceux-ci aient une action pour faire tomber les résistances possibles des Compagnies, car l'avantage que présente pour l'Etat cette clause, du moins en la partie qui a trait aux congés et permissions, n'existerait pas si un véritable droit n'était créé au profit des militaires, de même qu'ils ont un droit sur leur solde.

Avantage direct accordé aux bénéficiaires, et intention du stipulant, d'ailleurs lui-même intéressé, d'accorder cet avantage avec une action, ce sont les conditions mêmes de l'existence d'une stipulation pour autrui.

La jurisprudence du Conseil d'Etat s'est prononcée en sens contraire. Le 15 novembre 1907, un officier envoyé en congé de 3 ans sans solde et prétendant avoir droit au quart de place, lui demandait d'annuler pour excès de pouvoir une décision du ministre de la Guerre contestant ce droit et refusant d'imposer à la Compagnie de chemin de fer l'octroi de cet avantage. La haute juridiction, sur les conclusions conformes du commissaire du gouvernement, M. Teissier, rejeta le pourvoi, estimant que le tarif réduit a été stipulé exclusivement dans l'intérêt du service et ne constitue un droit que pour le service et que, dans ces conditions, le ministre put discrétionnairement se décider à soutenir ou à ne pas soutenir des prétentions litigieuses (1).

(1) *Cons. d'Et.*, 15 novembre 1907, Poirier. S. 1908,3,68 et suiv. Voir en notes les conclusions de M. Teissier, commissaire du Gouvernement.

2° Emplois civils pour les sous-officiers, caporaux et soldats rengagés.

Nous disons de la clause dont parle l'article 71 de la loi du 21 mars 1905 qu'elle est aussi une stipulation pour autrui. Cet article dit :

« Aucune entreprise industrielle ou commerciale ne pourra à l'avenir obtenir un monopole ou une subvention de l'Etat, du département ou de la commune, qu'à la condition de réserver aux anciens militaires remplissant les conditions prévues à l'article 69, un certain nombre d'emplois à déterminer par le cahier des charges ».

Cette disposition crée, comme celle qui accorde le quart de place, un véritable avantage pécuniaire dont bénéficient directement et personnellement les intéressés. Sans doute cette mesure n'aurait pas été prise si on n'avait pas eu en vue l'intérêt de l'Etat, mais l'intérêt même de l'Etat, et par conséquent l'intention du législateur, est de créer un véritable droit pour les bénéficiaires, un droit suffisamment solide et garanti pour qu'il puisse rendre les rengagements plus alléchants.

Il y a donc là encore stipulation pour autrui et il faut admettre que les bénéficiaires ont une action pour en exiger l'exécution, tout comme les rengagés qui ont droit à un emploi dans les services publics ont, pour faire respecter ce droit, des sanctions efficaces.

3^o Autre exemple de stipulation en faveur des militaires.

Un autre exemple de stipulation en faveur de militaires nous est donné par l'arrêt de la Cour de cassation du 13 juillet 1877 (1). La ville de Pamiers avait, en 1869, demandé l'établissement d'une brigade de gendarmerie à pied, et s'était engagée, si cette éventualité se réalisait, à donner une indemnité de logement de 150 francs par an au capitaine de gendarmerie qui se trouverait délogé par l'arrivée de ladite brigade. Plusieurs années après la brigade fut effectivement créée à Pamiers, le capitaine alors en fonction fut délogé et réclama en vain son indemnité : il actionna lui-même la commune et obtint gain de cause. L'engagement de la commune fut considéré comme une véritable stipulation pour autrui, car l'administration n'avait pas seulement stipulé pour elle-même, mais dans l'intérêt personnel du capitaine. Il est à noter que ce capitaine pouvait n'être pas le même que celui qui était en fonctions au moment de l'engagement. Il y a donc dans cet arrêt l'exemple d'une stipulation en faveur d'une personne indéterminée et future.

Cette décision de la Cour de cassation confirme notre opinion d'après laquelle ces sortes de clauses qui augmentent la rémunération des services des militaires, peuvent être regardées comme de véritables stipulations pour autrui.

(1) S., 1877, 1, 307.

4° Législation des eaux.

La stipulation pour autrui a été encore employée d'une façon féconde pour remédier à une lacune de l'ancienne législation des eaux. D'après l'ancien article 641 du Code civil, « celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur peut avoir acquis par titre ou par prescription ». Ce droit quasi-absolu du propriétaire du fonds où jaillissait la source était très désavantageux pour les usagers inférieurs non pourvus de droits acquis par titre ou prescription, car leurs usines ou leurs irrigations étaient à la merci d'une dérivation. Ce dommage qui était assez hypothétique quand un simple particulier était propriétaire du fonds où naissait la source, prenait une réalité dès que ce fonds venait à appartenir à une agglomération à l'alimentation de laquelle les eaux étaient destinées. Les usagers inférieurs étaient absolument impuissants pour empêcher la dérivation ou obtenir des dommages-intérêts : la ville était chez elle et profitait de l'article 641.

Deux évolutions vinrent remédier à cette situation défectueuse et y apporter l'équité. La plus récente a été de considérer les dérivations des villes comme de véritables travaux publics donnant lieu à des dommages-intérêts arbitrales par le Conseil de Préfecture (1). La plus ancienne

(1) Parce que les travaux, par leur importance et les moyens mis en action par les personnes publiques dépassent les limites des travaux que

est non contentieuse, mais administrative, et consiste dans l'emploi de la stipulation pour autrui. Lorsque la ville intéressée ne pouvait acquérir le terrain de la source à l'amiable, et était forcée de l'exproprier, il lui fallait obtenir une déclaration d'utilité publique accordée par décret en Conseil d'Etat : la même nécessité s'imposait à elle quand, propriétaire du fonds de la source, elle ne pouvait acheter à l'amiable les terrains existant entre la source et son domaine. Le Conseil d'Etat, considérant que la dérivation causait aux riverains inférieurs un préjudice injuste, prit l'habitude de n'accorder l'autorisation, que si la ville s'engageait à payer des dommages-intérêts aux personnes lésées comme en matière de travaux publics (1). C'est ainsi que nous voyons des engagements de ce genre visés dans les décrets ou insérés dans le dispositif même des décrets (2).

pourrait faire un simple particulier (l'arrêt Sommelet, 5 mai 1893, est le point de départ de cette jurisprudence.

(1) C'est là une stipulation pour autrui assez particulière, car elle est faite par la puissance publique jouant le rôle de stipulant, et faisant de l'engagement de la ville une condition de l'autorisation des travaux. Celle-ci devient ainsi, au lieu d'une mesure d'ordre public, un des éléments d'un contrat, dont l'équivalent est une promesse à laquelle il n'a lui-même qu'un intérêt purement moral, d'ailleurs suffisant.

(2) Voy. Picard, *Traité des eaux*, t. I, p. 168-169 et note dans le Dalloz, 1887, 3, 59. Voyez un exemple, dans l'arrêt du Conseil d'Etat, 29 janvier 1886 (Vivant contre Lons-le-Saunier) (S., 1887, 3, 47, D., 1887, 3, 59 et notes): « Considérant que... ce Décret vise textuellement l'engagement pris par le Conseil municipal de Lons-le-Saunier de payer les indemnités qui pourraient être allouées aux usiniers auxquels l'existence des travaux porterait un préjudice constaté ». La section de l'intérieur, dans une note du 28 juillet 1885, a demandé que l'engagement prit place non plus dans les visas, mais dans le dispositif même du Décret.

Cette coutume administrative (qui d'ailleurs s'applique encore aujourd'hui) et la jurisprudence dont nous avons précédemment parlé avaient remédié au défaut de la législation existante quand la loi du 8 avril 1898 vint rendre définitifs leurs résultats en supprimant le pouvoir absolu du propriétaire de la source. — Là, encore une fois, la stipulation pour autrui avait précédé la loi.

Nous avons ainsi examiné quelques exemples de l'application de la stipulation pour autrui de droit commun au profit des tiers autres que des ouvriers et employés des entrepreneurs et fournisseurs des administrations. Nous n'avons d'ailleurs vu que quelques cas : il n'y a aucune limite spéciale à l'emploi de ce moyen juridique par les personnes publiques ; elles sont à ce point de vue comme des particuliers et comme elles ont plus d'occasions que les particuliers d'avoir des vues élevées et désintéressées, elles sont par là appelées à rendre cet emploi plus fréquent.

CHAPITRE III

CONTENTIEUX DES STIPULATIONS POUR AUTRUI DU DROIT COMMUN EMPLOYÉES DANS LES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Nous arrivons maintenant à l'étude des sanctions qui garantissent l'exécution des stipulations que nous avons examinées dans les deux chapitres précédents. Nous avons déjà dit que ces sanctions donneraient lieu à plus de développements que celles des stipulations qui interviennent entre parties privées. En effet, l'intervention des personnes publiques modifie les compétences, et, d'autre part, à côté des voies ordinaires de recours, il y a des voies administratives qui peuvent donner satisfaction aux personnes intéressées.

Nous classerons les actions qui peuvent naître en la matière de la façon suivante :

§ 1. Actions qui tendent directement à l'exécution de la stipulation ou à l'allocation de dommages-intérêts.

§ 2. Actions qui tendent à l'exécution de la stipulation par une voie indirecte.

§ 3. Actions qui tendent à faire reconnaître l'illégalité de la stipulation.

§ 1. — *Actions qui tendent directement à l'exécution de la stipulation ou à des dommages-intérêts pour sa non-exécution.*

A. — Action du tiers bénéficiaire.

Il est de l'essence de la stipulation pour autrui, comme nous l'avons vu, de donner action au tiers bénéficiaire. En droit commun cette action est portée devant le tribunal de première instance.

Les stipulations que nous avons étudiées étant des stipulations pour autrui du droit commun (1) doivent obéir à cette règle. Elles sont faites par l'administration, mais en dehors de sa fonction proprement administrative, et par des procédés semblables à ceux du droit commun. Nous disons donc que l'action du bénéficiaire doit être portée devant le Tribunal civil.

Mais y a-t-il une difficulté à cela en ce que ces stipulations ont pris place dans un contrat administratif? On doit répondre négativement, car si ces conventions sont placées dans un contrat qui relève des tribunaux judiciaires, par exemple dans un marché de fournitures d'un département ou d'une commune (2), la question ne se pose pas et tout

(1) Voy. *supra*, p. 16.

(2) Nous prenons nos exemples conformément à la jurisprudence. Celle-ci, approuvée par la majorité des auteurs, considère les marchés de l'ad-

le contentieux est judiciaire, et si elles sont placées dans un contrat qui relève des tribunaux administratifs, par exemple dans un contrat de concession ou de travaux publics, ou dans un marché de fournitures de l'Etat, on doit les distraire, en cas de litige, des clauses qui intéressent directement l'Administration, c'est-à-dire de celles qui concernent les rapport entre les contractants, et pour lesquelles il existe des règles particulières (1).

C'est ce que décident les textes. La loi du 28 pluviôse, an VIII, édicte clairement que les Conseils de préfecture n'auront à connaître que des difficultés qui s'élèveront entre l'administration et ses contractants, et énonce limitativement les cas où ils seront appelés à se prononcer sur des affaires survenues entre l'Administration et les tiers (dommages résultant des Travaux publics ; occupations tempo-

ministration comme des actes de gestion relevant des tribunaux de droit commun, à l'exception de ceux qui sont visés par des textes spéciaux décidant le contraire; les marchés de fournitures des départements et des communes n'ayant été l'objet d'aucune disposition particulière seraient donc, à l'encontre des marchés de Travaux publics et des marchés de fournitures de l'Etat, de la compétence des tribunaux judiciaires (Voy. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative* et sa distinction des actes de puissance et des actes de gestion, développée par M. Berthélemy, dans son *Traité élémentaire de droit administratif*). Cette opinion ne semble cependant pas devoir l'emporter longtemps encore, car l'examen des dernières décisions judiciaires fait ressortir qu'il est faux de dire que les contrats passés pour l'exécution des services publics sont en général considérés comme de la compétence judiciaire. V. Hauriou, *Précis*, 1907, p. 462 et suiv. et arrêt Terrier, Conseil d'Etat, 6 février 1903, S., 1903, 3, 25, avec les conclusions de M. Romieu et la note de M. Hauriou.

(1) Voy. ci-dessous, p. 404, les considérants de l'arrêt du 13 juillet 1886, Bergerolles, c. Simonin.

raires et extraction de matériaux) (1). Il n'existe pas de dispositions analogues dans la loi du 11 juin 1806 qui, dans son article 14, place les contrats de fournitures de l'Etat dans le ressort de la compétence du Conseil d'Etat, mais les considérations générales que nous avons présentées précédemment suffisent à justifier la même solution que pour les contrats de Travaux publics.

La jurisprudence est dans ce sens. Les arrêts de la Cour de cassation du 13 juillet 1886 (2) sont très nets sur ce point. Mais ils n'ont pas la même portée. L'un deux (*Bergerolles c. Simonin*) affirme excellemment que l'autorité judiciaire et compétente pour « déterminer entre les entrepreneurs de Travaux publics, les sous-traitants et les tiers les effets qui résultent des conditions dans lesquelles ils ont contracté les uns avec les autres, et de résoudre, en ce qui les concerne, des questions dans lesquelles ne sont en aucune manière engagés les intérêts qui sont placés par la loi sous la direction et la protection de l'autorité administrative ». L'autre arrêt (*Gallard c. consorts Bardon*), reproduisant à peu près un arrêt du 20 juillet 1868 (3), revendique pour l'autorité judiciaire le pouvoir non plus seulement de déterminer les *effets* des clauses inscrites au cahier des charges, mais même d'*interpréter* ces clauses : « at-

(1) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e édit., 1896, II, p. 129.

(2) S., 1887, 1, 177, 1^{re}, 2^e et 3^e espèces et notes (voyez les arrêts cités en note), D., 1886, 1, 307.

(3) D., 1869, 1, 369.

tendu que si l'article 9 du cahier des charges... constituait entre l'Etat et la Compagnie concessionnaire... une stipulation d'un marché administratif de la compétence exclusive du Conseil de préfecture aux termes de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, d'un autre côté, dans le débat engagé entre l'entrepreneur principal et des sous-traitants et leurs ouvriers et fournisseurs, cet article 9 ne pouvait avoir entre les parties en cause que la valeur et le caractère d'une convention ordinaire et d'intérêt privé, dont il appartenait aux tribunaux civils d'interpréter souverainement le sens et la portée. »

Nous estimons que la thèse du second arrêt ne peut être admise et qu'elle méconnaît le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. En effet, il s'agit d'interpréter la volonté des parties et notamment la volonté de l'administration qui n'est nullement indifférente dans la question mais doit être considérée comme stipulant pour autrui et comme ayant, par conséquent, un intérêt au moins moral à la stipulation. La seule chose qu'on puisse donc admettre est que les tribunaux judiciaires interprètent les cahiers des charges quand les clauses en sont claires ; si tôt qu'il y a dans ces textes une obscurité, l'interprétation doit être demandée aux tribunaux administratifs par le renvoi d'une question préjudicielle. C'est ce qu'affirme l'arrêt du 28 mai 1883 (1) qui reproduit la théorie universellement admise des questions préjudicielles : « attendu

(1) D., 1883, 1, 310.

que s'il y a lieu pour les tribunaux de l'ordre judiciaire de surseoir à statuer jusqu'après interprétation par l'autorité administrative des actes administratifs dont ils ont à interpréter les dispositions obscures ou ambiguës, les tribunaux doivent au contraire assurer directement l'application de ces actes lorsque leurs dispositions ne présentent aucune ambiguïté. »

B. — Action du stipulant.

Nous n'avons qu'à renvoyer sur ce point aux règles du droit commun que nous avons étudiées à la page 15. Le stipulant personnellement et pécuniairement intéressé ou non, a des voies de recours soit pour obtenir lui-même des dommages-intérêts pour inexécution de la stipulation, soit pour répéter la valeur qu'il a fournie, soit pour faire ordonner l'exécution forcée quand elle est possible, sinon pour faire obtenir des dommages-intérêts au bénéficiaire. Mais la pratique administrative emploie couramment un moyen plus simple que l'action en justice pour obtenir l'exécution de la stipulation, à savoir l'insertion de clauses pénales dans les contrats. C'est ainsi que les conditions du travail insérées dans les contrats des personnes publiques depuis les décrets du 10 août 1899 sont garanties par diverses dispositions très efficaces. D'abord, d'après l'article 4, l'administration qui s'aperçoit que le salaire courant n'est pas effectivement payé aux ouvriers, a le droit d'indemniser directement les ouvriers lésés au moyen de retenues sur

les sommes dues à l'entrepreneur et sur son cautionnement. Et lorsque des infractions réitérées aux conditions du travail auront été relevées, l'administration pourra, sans préjudice des sanctions habituelles prévues au cahier des charges, décider par voie de mesure générale d'exclure l'entrepreneur responsable de ses marchés à l'avenir, pour un temps déterminé ou pour toujours (art. 3).

Ces sanctions sont très énergiques. Le contentieux auquel elles peuvent donner naissance est de la compétence du juge du contrat, c'est-à-dire du Conseil de Préfecture pour les contrats de travaux publics dans lesquels les clauses pénales sont surtout fréquentes.

§ 2. — *Actions qui tendent indirectement à l'exécution des stipulations.*

L'action du tiers bénéficiaire contre le promettant, l'action du stipulant contre le promettant, voilà les seules actions dont nous aurions à parler si nous ne nous trouvions pas en matière administrative. Mais l'administration étant partie au contrat, le contentieux s'en trouve aussitôt plus complexe. En effet, aux recours de pleine juridiction que nous avons vus jusqu'ici, qui aboutissent à une solution immédiate et directe du conflit, s'ajoutent les recours en annulation pour excès de pouvoir du droit administratif, par lesquels les réclamants peuvent obtenir une satisfaction indirecte de leurs intérêts.

Le premier usage qu'on peut faire du recours en annulation en notre matière, est, après avoir demandé à l'administration d'user de ses droits contre le promettant et s'être vu opposer un refus, d'attaquer ce refus et d'en demander l'annulation devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux.

Une objection surgit immédiatement à l'encontre de cette procédure : c'est celle de l'existence d'un recours parallèle. Il est en effet admis depuis longtemps par la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'un requérant n'est fondé à demander à cette juridiction la cassation d'un acte administratif, que s'il n'a aucun moyen d'obtenir par une autre voie un résultat équivalent. C'est ainsi que le recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs qui servent de base à la perception des contributions directes sont rejetés parce que les intéressés ont devant le Conseil de Préfecture le moyen de critiquer ces actes et d'en faire annuler les effets à leur égard. De même pour les actes qui se rattachent à la perception des contributions indirectes la compétence des tribunaux judiciaires est le motif d'une fin de non-recevoir opposé au recours en annulation devant le Conseil d'Etat (1). Or, dans notre question le recours parallèle existe : le bénéficiaire a suffisante satisfaction en faisant condamner le promettant devant les tribunaux judiciaires, à l'exécution de la stipulation ou à l'allocation de dommages-intérêts.

Cependant le recours parallèle est une fin de non-rece-

(1) Laferrière, 2^e édit. p. 474 et suiv.

voir qui a perdu depuis quelques années de nombreuses applications, et dont certains auteurs demandent avec de fortes raisons qu'elle ne puisse être opposée en aucun cas, car la dualité de compétence et l'indépendance des juridictions n'est interdite par aucun texte ni par aucun principe. En pratique, elle n'est plus opposée que dans les cas où l'intéressé obtiendrait par la voie parallèle les mêmes avantages exactement que par la voie de l'annulation (1).

Comme on peut soutenir que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui peut préférer la voie administrative par laquelle il pourrait obtenir plus facilement et plus rapidement la prestation même qu'il réclame, par le moyen de l'exécution d'office ou d'autres procédés coercitifs qui sont à la disposition des personnes publiques, il est douteux que la fin de non-recevoir du recours parallèle doive lui être opposée.

Quant aux résultats que peut obtenir le bénéficiaire par la voie du recours en annulation contre le refus d'agir de l'administration, ils peuvent faire l'objet d'une discussion d'un grand intérêt juridique et pratique. Mais comme la question se retrouvera identique dans le deuxième livre de cette étude, où elle pourra être traitée dans toute son ampleur, nous nous contenterons ici de la poser (2).

(1) Voyez la jurisprudence sur le recours en annulation contre les règlements de police (Cons. d'Etat, 29 nov. 1872, Baillergeau) et sur les recours en annulation contre les sectionnements électoraux (Cons. d'Etat, 7 août 1903. Chabot, S., 1904, 3, 1 et la note). Hauriou, *Précis*, 6^e édit. 1907, p. 447 et suiv.

(2) V. *infra*, Livre II, § 3.

§ 3. — *Actions qui tendent à faire reconnaître l'illégalité de la stipulation.*

A. — Action du Promettant.

Le Promettant d'une stipulation pour autrui peut contester l'existence même de cette stipulation ou en nier la légalité. Il peut le faire par voie de défense à l'action du stipulant ou du bénéficiaire ; il peut le faire en prenant lui-même l'offensive devant le juge du contrat.

B. — Action des tiers évincés d'une adjudication publique.

Il n'y a pas que le promettant qui puisse nier la légalité d'une clause en faveur d'autrui insérée dans un contrat d'adjudication publique : il y a, en cette matière, possibilité d'un recours tout à fait particulier des tiers qui ont été évincés de l'adjudication pour n'avoir pas souscrit à une stipulation qu'ils estimaient illégale, et ce recours s'applique notamment quand c'est une stipulation pour autrui qui est contestée. Ainsi par le jeu singulièrement fécond du recours pour excès de pouvoir, la légalité est défendue non par le bénéficiaire, ni par aucun des contractants, mais par un véritable tiers, intéressé seulement en sa qualité de candidat au contrat.

Ce recours, qui tend à l'annulation de l'adjudication, a été formellement admis par le Conseil d'Etat dans l'affaire

retentissante des conditions du travail de la Ville de Paris dont nous avons déjà longuement parlé (1). Le commissaire du gouvernement ne trouvant dans la jurisprudence que des recours formés pour violation des formes de l'adjudication ou pour violation des conditions d'égalité entre concurrents, estimant, d'autre part, que les griefs invoqués contre les conditions du travail étaient du domaine législatif et non juridictionnel, concluait au rejet des requêtes des soumissionnaires évincés. Le Conseil d'Etat a très justement pensé autrement et il a décidé que, puisque les clauses attaquées étaient à son avis illicites, le refus du soumissionnaire évincé de se soumettre aux-dites clauses « ne pouvait pas légalement motiver son éviction au profit d'un concurrent dont le rabais était inférieur au sien, qu'ainsi il est fondé à soutenir que le Préfet de la Seine a excédé ses pouvoirs en approuvant une adjudication dont il avait été écarté pour cette unique raison. »

Il semble résulter de l'arrêt que l'entrepreneur requérant doit remplir les conditions suivantes pour être considéré comme recevable : 1° être concurrent à l'adjudication et porté sur la liste d'admissibilité des entrepreneurs des travaux ; 2° avoir fait un plus fort rabais que le concurrent déclaré adjudicataire ; 3° n'avoir été écarté que pour avoir refusé d'accepter une disposition illicite du cahier des charges. Faute de remplir ces conditions, le requérant se

(1) Cons. d'Et. 21 mars 1890. S., 1892, 3, 87. Voy. ci-dessus, p. 54 et suiv.

verrait opposer une fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt direct et personnel.

Nous avons ainsi terminé l'étude du contentieux auquel donnent lieu les applications administratives de la stipulation pour autrui du droit commun et en même temps l'étude de ces applications elles-mêmes, qui a fait l'objet de notre premier Livre. Nous allons aborder dans un Livre second l'examen des stipulations pour les tiers qui sont proprement administratives et ne rentrent pas dans le domaine du droit commun.

LIVRE II

Des stipulations en faveur du public

PRÉLIMINAIRES

L'activité croissante des relations sociales à notre époque, résultant du développement des applications scientifiques (en particulier celles qui sont relatives aux moyens de transport) qui multiplient et facilitent les rapports privés et publics et permettent de satisfaire des besoins économiques toujours nouveaux, a complètement bouleversé la belle ordonnance primitive de cette partie du droit qui traite des contrats. A l'accord des volontés des individus libres, traitant en toute connaissance de cause, qui constitue le contrat selon le droit romain et selon le Code civil, se sont non pas substitués mais ajoutés des formes plus complexes et moins nettes de s'obliger qui ont beaucoup embarrassé les juristes préoccupés avant tout de faire entrer toutes les conventions dans les cadres classiques (1). Ainsi sont apparus, par

(1) Voy. Savigny qui, fidèle aux principes du droit romain, n'admet la Delamain

exemple, le contrat collectif de travail, les contrats dits « d'adhésion » (1), les contrats administratifs résultant d'inscriptions de crédits aux budgets (2). Ainsi, comme nous l'avons vu précédemment, la stipulation pour autrui, interdite en droit romain, interdite en principe par notre Code, a été admise par la jurisprudence même quand les bénéficiaires sont indéterminés, et, qui plus est, futurs.

Nous nous proposons d'étudier maintenant une de ces conventions d'une nature particulière : c'est celle qui intervient entre certaines personnes privées et une personne publique dans l'intérêt du public.

A. — Exemples et distinction principale.

Disons tout d'abord, en peu de mots, quels sont les principaux exemples pratiques de ces stipulations (3).

stipulation pour autrui que dans certains cas exceptionnels : *Le droit des obligations*, Traduction française, Paris, 1863, t. II, § 59, p. 211 et suiv. Voy. Saleilles, *Théorie de l'obligation*, n° 246.

(1) On appelle ainsi le contrat qui se forme par l'adhésion d'une personne à un ensemble de clauses offertes en bloc par certaines sociétés, au public, sans que cette personne ait la possibilité de discuter le détail de la convention. Ex : les polices d'assurances. Voy. Dereux, *De la nature juridique des tarifs de chemin de fer. Thèse*, Paris, 1906, p. 172.

(2) Voyez, Arrêt du Conseil d'Etat, 6 février 1903 (Terrier), S., 1903, 3, 25. C'est un contrat d'adhésion, mais d'ordre administratif.

(3) Nous ne procéderons pas ici comme dans le livre I où l'intérêt des stipulations pour autrui était beaucoup plus dans l'étude des différents types usités que dans celle des principes de la matière qui étaient ceux du droit commun. Pour les stipulations dont nous abordons maintenant l'étude une énumération serait oiseuse, et l'intérêt se porte sur la théorie uniforme à leur appliquer, théorie qui n'est pas encore faite.

Il entre dans la mission même de l'Administration gardienne des intérêts du public d'agir en sa faveur dans les contrats qu'elle est amenée à passer, principalement dans ceux par lesquels elle confie l'exécution d'un service public à une personne ou Compagnie privée qui sera, par la définition même de son activité, en contact constant avec le public. Peut-être cette façon de protéger les membres de la collectivité n'est-elle pas la première qui se soit offerte à elle, car avant tout elle est police et agit par l'autorité. Mais elle ne s'est peut-être jamais complètement confinée dans ce dernier rôle, et en tout cas depuis longtemps déjà, mais surtout de nos jours, elle s'est chargée d'assurer certains services, certaines commodités, aux citoyens, soit directement par ses agents, soit plus souvent, car elle répugne aux opérations commerciales, en traitant avec des personnes privées qui s'engagent à exécuter à sa place.

Cette intervention est nécessaire dans le plus grand nombre de cas où elle s'est produite jusqu'ici. La plupart des services publics, c'est-à-dire des services assurés par les personnes publiques ou par des entreprises privées suscitées, protégées et contrôlées par elles, sont de telle nature qu'ils ne peuvent être exécutés qu'en monopole, soit à raison des installations qu'ils nécessitent sur le domaine public et qui ne peuvent pas être en nombre illimité (de ce genre sont les services de transport par voie ferrée, de fournitures diverses par canalisations, etc.), soit à raison d'un usage du domaine public non conforme à sa destination (de ce genre sont les services de transport en commun qui comportent

des stationnements prolongés sur la voie publique) (1).

Ce monopole d'ailleurs quand il n'est pas nécessaire est souvent souhaitable dans l'intérêt général. Et l'administration ne fait qu'obéir à une tendance moderne très caractérisée quand elle intervient de plus en plus pour la satisfaction des intérêts communs (2). En vérité, souvent, bien loin qu'elle agisse parce que son aide est indispensable, elle affirme que son aide est indispensable même dans les cas où cela est assez douteux, pour veiller aux intérêts dont elle a la garde. C'est ainsi qu'une commune peut créer un service monopolisé des omnibus ou des voitures de place sans que cette institution résulte fatalement de la nature des choses (3).

Quand l'administration exécute elle-même, en régie, les

(1) V. Colson, *Cours d'Economie politique*, Paris, 1903, t. II p. 742 et suivantes. Après avoir affirmé l'impuissance de l'intervention de l'Etat dans la fixation des prix il reconnaît quatre cas où l'intervention s'impose, parmi lesquels figure celui de l'insuffisance de l'industrie privée pour l'exécution d'un service qui exige l'exercice du pouvoir coercitif et a lieu forcément en monopole.

(2) Voyez Sainctelette, article « *des contrats d'utilité publique* » dans la *Revue de droit international et de législation comparée*, 1888 p. 425 et suiv. : « La bonne administration de la société veut donc que les pouvoirs publics soient chacun dans sa juridiction attentifs à démêler parmi les intérêts individuels ceux qui tendent à devenir des intérêts collectifs, et prompts à régler comme affaires publiques celles des affaires privées dont l'usage devient commun » (p. 427).

(3) Le caractère facultatif de pareils services est mis en évidence par le fait qu'il y a des villes où des transports par omnibus ne font pas l'objet d'un service public. Quant au monopole des voitures de place, il est tout à fait exceptionnel, Paris l'a connu autrefois, puis l'a supprimé. V. Mossé, *Les transports en commun à Paris*, Thèse, Paris, 1907, p. 99 et suiv. et p. 103, note 1.

services monopolisés qu'elle a créés, le public est suffisamment garanti par le caractère désintéressé de son entreprise, par le pouvoir d'intervenir lui-même dans la gestion, qu'il puise dans le régime du suffrage universel et de la responsabilité ministérielle et par les procédures contentieuses qui sont à sa disposition contre les actes administratifs. Mais la régie est l'exception, la concession du service à des Compagnies privées qui ne dépendent plus de l'autorité publique que dans les termes de leurs conventions, est la règle. Et dans ce dernier cas la garantie du public ne peut être que dans l'introduction dans ces conventions de clauses conçues en sa faveur.

Si ces clauses n'existaient pas, l'œuvre de l'administration serait tout à fait incomplète et même nuisible pour celui-là même au profit duquel toute l'opération est faite, c'est-à-dire pour le public ; le monopole créé en sa faveur aurait des résultats désastreux par l'élévation des tarifs, l'esprit de lucre ou l'incapacité des concessionnaires.

Ces clauses pour le public sont donc l'indispensable correctif qui permet de concilier le devoir d'intervention des pouvoirs publics avec les avantages de l'initiative privée.

Elles constituent un véritable moyen d'administration.

Il est impossible d'en tenter l'énumération, car elles peuvent être aussi variées que les dispositions légales ou réglementaires qui déterminent le fonctionnement à l'égard du public d'un service exécuté en régie. Nous donnerons cependant quelques exemples des types principaux qu'on

peut rencontrer en faisant tout de suite une distinction fondamentale.

Dans une première catégorie de stipulations pour le public nous voyons des clauses d'un intérêt très général, dont on ne peut pas concevoir qu'elles donnent un droit sanctionné par une action à chaque membre du public, parce qu'elles ne sont pas rédigées dans ce but. Ce sont des formules le plus souvent très imprécises que la personne publique insère dans les contrats, surtout pour renforcer ses pouvoirs de contrôle ou faciliter son droit d'intervention, et assurer le bon fonctionnement du service sans songer à chaque application particulière. Nous pouvons donner comme exemple l'article 1^{er} du cahier des charges de l'Opéra (1), ainsi rédigé : « Les directeurs de l'Opéra sont tenus de diriger l'Opéra avec la dignité et l'éclat qui conviennent au premier théâtre lyrique national. L'Opéra devra toujours se distinguer des autres théâtres par le choix et la variété des œuvres anciennes et modernes qui y seront représentées, par le talent des artistes, comme par le goût et la valeur artistique des décorations, des costumes et de la mise en scène ». On ne concevrait pas qu'un membre du public pût actionner l'Opéra en arguant de la mauvaise qualité de ses spectacles. C'est une disposition faite en faveur du public, mais qui, supposant une appréciation d'ensemble, n'est pas de nature à être appliquée au gré de chaque individu. On

(1) Arrêté du ministre de l'Instruction publique, des Beaux-Arts et des Cultes du 27 décembre 1907.

peut en dire autant de l'article 11 qui dit que les directeurs sont tenus de faire représenter par année 8 actes nouveaux de compositeurs français. Cela peut être une stipulation au profit des auteurs dramatiques, mais elle est d'une façon trop générale au profit du public pour pouvoir être invoquée par lui.

Il en est encore de même des stipulations insérées par les villes dans les contrats qui les lient à leurs concessionnaires d'éclairage et d'après lesquelles ceux-ci doivent les faire profiter des perfectionnements dus aux progrès à venir de la science.

De telles conditions se trouvent encore en grand nombre dans les cahiers des charges des chemins de fer. On peut lire, par exemple, dans le cahier arrêté en 1857 pour les grandes Compagnies, à l'article 31, que la Compagnie doit avoir des gardiens en nombre suffisant pour assurer la sécurité du passage des trains, à l'article 32 que les machines locomotives doivent être construites sur les meilleurs modèles.

Toutes ces clauses, nous aurons d'ailleurs à l'établir par la suite, ne donnent point au public de droit sanctionné par une action. Leur application est laissée à l'arbitraire de l'autorité publique. Nous n'aurons donc pas à insister sur elles, mais bien plutôt sur celles dont nous allons maintenant donner quelques exemples. Elles se caractérisent par ce fait qu'elles sont prises en vue d'une application pratique aux individus ou aux collectivités. Ce sont non des dispositions générales pour le bien du service considéré presque *in abstracto*, mais des précisions sur l'exécution du service

vis-à-vis du public dans chaque cas particulier, sur ce que peut exiger le public à l'occasion de chaque prestation.

Des stipulations de cette nature sont des plus fréquentes et des plus diverses. Les plus nécessaires de toutes, celles qui résultent de la façon la plus urgente de la fondation d'un service public, ce sont les tarifs. Tout service public concédé comporte un droit pour le concessionnaire de percevoir un prix sur les usagers, et ce prix, afin qu'il ne soit pas laissé à son appréciation trop intéressée, est fixé par des tableaux, par des barèmes dans lesquels les concessionnaires et le public peuvent lire l'un ce qu'il peut exiger, l'autre ce qu'il doit payer (1). Ces tarifs peuvent aussi donner lieu à des stipulations accessoires, par exemple que dans les omnibus et tramways les tarifs ne peuvent être exigés qu'autant qu'ils ont été affichés dans les voitures.

D'autres stipulations portent sur les obligations du service vis-à-vis du public ; elles définissent en détail la prestation même que le public peut exiger. Ainsi l'article 31 du cahier des charges-type des chemins de fer d'intérêt local, décrit le matériel roulant tel qu'il doit être mis à la disposition des voyageurs : couverture des wagons, mode de fermeture, banquettes et dossiers, garde-corps, etc. — Ou bien elles fixent l'amplitude du fonctionnement du service, comme l'article 43 du cahier des charges des grandes Compagnies qui dit que « à moins d'une autorisation spéciale et

(1) Par exemple, le tarif général de grande vitesse commun aux 7 grands réseaux de chemin de fer.

révocable de l'administration, tout train régulier de voyageurs devra contenir des voitures de toutes classes en nombre suffisant pour toutes les personnes qui se présenteraient dans les bureaux du chemin de fer ». — De même l'article 14 (modifié) du cahier des charges du Métropolitain, annexé à la convention du 27 janvier 1898 entre la Ville de Paris et la Société d'exploitation (1), dit que le nombre minimum des voyages faits tous les jours dans chaque sens est fixé à 135 et que chaque train comprendra au moins 100 places. Dans l'article 23 du même texte les voyageurs de 1^{re} classe puisent le droit d'être transportés dès qu'ils se présentent.

Une des clauses qui peut intéresser le plus le public est celle qui détermine les lieux où la prestation doit être offerte au public, c'est-à-dire, pour les entreprises de transports par exemple, les lignes que le concessionnaire devra exploiter. Une telle stipulation intéresse toute une catégorie d'usagers, tout un quartier ou tout un hameau.

D'égal intérêt peut être une stipulation par laquelle un tarif devra être abaissé si une condition précise se réalise, par exemple si une ville voisine en obtient de son concessionnaire un plus avantageux pour le public.

Il serait facile de multiplier ces exemples. Ceux que nous avons donnés suffiront à définir la matière sur laquelle nous avons à travailler dans cette thèse.

(1) Voy. le *Journal officiel*, du 1^{er} avril 1898

B. — Questions soulevées. Leur intérêt.

Quelle est la nature juridique de ce genre de conventions, et quels sont ses effets, en particulier quels sont les moyens par lesquels la puissance publique d'une part, les particuliers d'autre part peuvent en obtenir l'exécution, tels sont les problèmes que nous nous proposons dans cette deuxième partie de notre étude.

Ils sont intéressants au point de vue théorique et au point de vue pratique.

Au point de vue théorique ils soulèvent cette grave question : faut-il faire rentrer les stipulations pour le public dans le droit commun des contrats, y voir une simple modalité des conventions prévues au Code civil, et les faire interpréter et appliquer par les tribunaux de droit commun en l'absence de tout texte spécial — ou bien faut-il dire qu'il y a un droit commun administratif et une compétence judiciaire administrative déterminés non par des textes mais par la nature des questions qui y ressortissent, et y faire rentrer les stipulations dont il est question ?

Au point de vue pratique il y aura intérêt à savoir comment la puissance publique et le public pourront se prévaloir de ces stipulations qui deviennent de plus en plus nombreuses depuis que, dans notre société moderne, un nombre croissant de transactions échappent à la sphère des contrats particuliers pour être réglées à l'avance et en bloc par des contrats administratifs.

C. — Division.

Le Titre 1^{er} de ce nouveau livre sera consacré aux principes qui doivent dominer notre matière : nous nous y demanderons quelle est la nature juridique des stipulations en faveur du public et quelles sont les conséquences immédiates et générales de l'opinion que nous adopterons.

Une fois que nous aurons ainsi posé les règles directrices de l'ensemble de notre sujet, nous aborderons dans un titre deuxième l'exposé des rapports qui existent entre les parties, et entre elles et le public.

TITRE I

DE LA NATURE JURIDIQUE DES STIPULATIONS POUR LE PUBLIC ET DE SES CONSÉQUENCES IMMÉDIATES

CHAPITRE I

DE LA NATURE JURIDIQUE DES STIPULATIONS POUR LE PUBLIC

§ 1. — *Caractère contractuel.*

Tout d'abord il nous faut affirmer, bien que cela paraisse aller de soi, le caractère contractuel de ces stipulations.

Cette affirmation est nécessaire en face d'une théorie que nous aurons à combattre plusieurs fois au cours de cette étude, d'après laquelle l'acte de concession et le cahier des charges ne sont pas des textes contractuels, mais des textes législatifs ou réglementaires (1).

Des auteurs éminents ont soutenu cette thèse (1) qui,

(1) Tout au plus fait-on exception pour les clauses qui visent la personnalité même du concessionnaire et déterminent sa situation particulière. M. Hauriou fait cette exception (6^e édit., p. 694). M. Jèze aussi mais sans assurance (*Revue de droit public*, 1907, p. 678).

controversée en Allemagne (2), est très généralement repoussée par les auteurs français (3).

Nous ne pouvons l'accepter. Les raisons qu'on a données en sa faveur reposent sur des principes qui sont les éléments de théories personnelles très intéressantes, mais ne sont à aucun moment entrés dans le droit positif. Pas un arrêt de jurisprudence ne les a adoptés.

M. Duguit affirme que le cahier des charges d'un service public est une loi d'organisation de ce service, une loi, dit-il, au sens matériel ; et cela une fois établi, il applique à la situation qui découle de cette soi-disant loi les règles mêmes qu'on applique aux situations qui découlent des lois au sens courant du mot. Il y a là une déduction illégitime. Voyons en effet comment il prouve que le cahier des charges est une loi : les gouvernants, dit-il, sont soumis à une « règle de droit » qui leur impose de remplir une certaine mission utile pour les gouvernés, et quand ils font un acte positif d'obéissance à cette règle de droit, en instituant et organisant un service public, « cet acte est une loi au sens matériel, puisque par définition la loi au sens matériel est

(1) Jèze, *art. cit.* Duguit, *Revue de droit public*, 1907, p. 411. Hauriou, *Précis*, 6^e édition, p. 694 et note sous arrêt Cons. d'Etat, 21 déc. 1906, S., 1907, 3, 33.

(2) Jèze, *art. cité.*, p. 680.

(3) Berthélemy, *Droit administratif*, 4^e édition, p. 602 et suiv. Colson, *Abrégé de la Législation des chemins de fer et des tramways*, 2^e édit., p. 24 et suiv. Romieu, conclusions sous Cons. d'Etat, 21 décembre 1906. *Syndicat du quartier Croix de Seguey-Tivoli*, *Rec. Lebon*, p. 967 et sous Cons. d'Etat, 31 mai 1907. Delplanque, *Revue du droit public*, 1907, p. 684 et suiv.

l'acte par lequel un gouvernant constate et met en œuvre une règle de droit » (1). Ce raisonnement n'est pas fait dans la langue juridique ordinaire, il est fait dans la langue de la théorie de M. Duguit, où le critérium de la légalité est dans l'observation d'une « règle de droit » qui n'est, à notre avis, qu'une règle de morale, puisqu'elle n'est point sanctionnée socialement, et encore une règle de morale proposée par un philosophe donné. Partant de là, il est abusif, nous le répétons, de conclure à l'affirmation d'un caractère législatif au sens courant du mot, avec ses conséquences ordinaires. La théorie de M. Duguit reste extérieure au droit positif dans son état actuel (2).

M. Hauriou soutient la même opinion par des arguments différents, mais qui restent plus philosophiques que juridiques. Il dit que la définition généralement admise de la concession « n'accorde pas assez d'importance à l'élément de service public qu'il y a dans l'opération ; de plus, elle a l'inconvénient de présenter comme entièrement contractuelle une situation qui est certainement institutionnelle. Il y a dans la concession de service public création, par un acte d'autorité, d'un état de chose particulier qui est

(1) *Voy. art. cit.*, p. 418.

(2) M. Jèze (*art. cit.*), se reporte au raisonnement de M. Duguit pour établir que le cahier des charges a un caractère législatif. Il analyse l'arrêt Delplanque et montre que la solution adoptée par le Cons. d'Etat cadre avec la théorie de la concession acte législatif ou réglementaire. Mais cette solution, dans ses termes mêmes, n'implique aucunement une reconnaissance, même la plus vague, pour ladite théorie, et elle a été adoptée sur les conclusions de M. Romieu qui s'est rigoureusement tenu sur le terrain contractuel.

l'état de service concédé et qu'il faut rapprocher de la création ou de l'organisation du service en régie. Et ce n'est qu'une fois cette situation d'état établie, qu'une convention intervient entre l'administration et le concessionnaire pour régler les droits et obligations qui en découlent pour chacun ».

Nous ne voyons là qu'une pure affirmation. Nous admettons toute l'importance de l'élément de service public qu'il y a dans la concession, et on verra que nous en tenons un grand compte, mais nous ne voyons pas comment cela peut faire une loi d'un contrat. Dire que le contrat est la loi des parties et du public, on peut y acquiescer, mais au sens que donne à ce mot l'article 1134 du Code civil quand il dit « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Dire qu'il y a création, par un acte d'autorité, de l'état spécial de service concédé nous paraît tout à fait contraire aux faits, puisque cet état de service concédé ne serait pas si la volonté d'un concessionnaire ne venait pas rencontrer la volonté de la personne publique.

Les auteurs que nous venons de citer ne veulent point qu'il y ait de différence entre les deux systèmes de la régie et de la concession, au regard du public. Il est en effet désirable, pour la logique, que le public soit dans la même situation, quel que soit le procédé d'exécution du service public, que la personne publique choisit pour des raisons d'opportunité administrative. Ce sera un motif pratique pour faire adopter dans un cas les avantages qui sont ac-

cordés au public dans l'autre, ou pour faire abandonner l'un des deux systèmes. Mais cette considération ne nous paraît pas devoir modifier le caractère juridique même des actes.

Nous nous rangeons à l'opinion commune d'après laquelle l'acte que l'autorité publique fait de concert avec un particulier, celui-ci étant tenu par cet acte de certaines prestations envers le public aux intérêts duquel veille celle-là, et étant, d'autre part, nanti de l'avantage de pouvoir exploiter un service public en en faisant payer le prix aux usagers, et, au fond comme dans la forme, un contrat.

Mais ce contrat n'est pas un contrat ordinaire. Il assure l'exécution d'un service public. Cette particularité, qui ne peut certainement pas le détruire en tant que contrat, peut du moins le faire rentrer dans une catégorie de contrats auxquels s'applique des règles particulières.

§ 2. — *Caractère proprement administratif.*

Quand l'administration établit, d'accord avec ses entrepreneurs, certaines règles en faveur de leurs ouvriers, elle fait cela par souci naturel d'équité et par inspiration humanitaire absolument comme le ferait un particulier à qui sa fortune permettrait (ou qui en aurait l'illusion) d'oublier un peu les économies et de faire tenir une grande place aux préoccupations philanthropiques. Elle le fait non comme pouvoir public organe des intérêts d'un groupe

d'administrés, qui serait en l'occurrence le groupe des ouvriers des entrepreneurs, mais comme propriétaire désireux d'améliorer la situation des hommes travaillant à son service. Elle n'a qu'indirectement en vue les avantages qu'elle peut en retirer elle-même pour la bonne marche des Travaux publics. Elle n'emploie aucun procédé que ne puisse employer un patron ordinaire. On peut dire, il est vrai, que l'importance exceptionnelle des personnes publiques donne à ces sortes d'opérations une influence considérable sur les affaires privées, mais nous ne croyons pas que cela puisse changer leur nature juridique : les mêmes répercussions pourraient en effet résulter des actes de quelque grande société industrielle privée (1). En un mot, ces stipulations, selon l'expression de M. Hauriou, appartiennent à la gestion privée, et c'est pourquoi, nous l'avons vu, elles sont régies d'après les principes du Code civil qui leur sont appliqués par les tribunaux ordinaires.

Pour montrer qu'il n'en est pas de même des stipulations dans l'intérêt du public, nous nous demanderons successivement si elles peuvent être assimilées, dans le droit privé, à la stipulation pour autrui, à l'acte du représentant ou mandataire, ou à celui du gérant d'affaires. Devant la réponse négative qui s'imposera à nous, nous chercherons à trouver à ces clauses une place hors du droit privé.

(1) Voy. livre I, p. 48.

**A. — Différences avec la stipulation pour autrui
de droit commun.**

Que la stipulation en faveur du public ne soit pas une stipulation pour autrui ordinaire, cela résulte des deux observations suivantes :

1° Pour la personne publique qui stipule, le public n'est pas autrui ;

2° Les règles de la stipulation pour autrui ne peuvent pas être appliquées à la stipulation pour le public.

Nous ne nous attarderons pas, pour le moment, sur la première de ces observations : nous affirmons qu'il y a un lien entre l'administration et les administrés, puisque l'administration a précisément pour mission et pour raison d'être de veiller aux intérêts des administrés. Cette affirmation sera développée ultérieurement quand la nature du lieu sera analysée (1).

D'autre part, il est facile de se rendre compte de la justesse de la seconde observation : l'application des règles de la stipulation pour autrui du Code civil à notre matière donnerait des résultats absurdes.

Tout d'abord la prohibition de principe de l'article 1119 du Code civil, quel sens aurait-elle en droit administratif ? Elle paralyserait l'administration dans l'usage d'un des moyens les plus efficaces de satisfaire les intérêts collectifs. Et les exceptions aussitôt admises par le Code (art. 1121

(1) Voy. *infra*, p. 135 et suiv.

qui dit qu'on peut stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation qu'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre) sont inacceptables en tant qu'exceptions. Ces dispositions sont, il est vrai, tombées en désuétude, mais, d'autre part, si on est arrivé à admettre en pratique qu'on pouvait stipuler au profit d'un tiers, on n'est guère arrivé à justifier théoriquement qu'on peut stipuler pour des personnes indéterminées ou futures. Or, les bénéficiaires des stipulations pour le public sont pour les contractants au moment du contrat toujours indéterminés et la plupart du temps futurs — il n'en saurait être autrement. Ce qui, d'un côté, est une difficulté presque insoluble, est de l'autre la règle.

D'autre part, les stipulations pour le public ne sont pas susceptibles d'acceptation par le public lui-même, mais seulement par les bénéficiaires et seulement par le fait même de leur utilisation, et la personne publique peut toujours supprimer sa stipulation ou la modifier, d'accord avec le promettant, si cela lui paraît opportun. Rien ici de l'irrévocabilité que confère l'acceptation à la clause en droit privé (1).

La question de l'action du stipulant ne se pose pas comme en droit civil. Il n'y a pas lieu de distinguer s'il a ou non un intérêt personnel à l'exécution : cela n'aurait pas de

(1) Le fait pour un des bénéficiaires d'avoir accepté par l'usage qu'il a fait de la stipulation, ne lui permet pas de soutenir que pendant toute la durée du contrat il jouira des mêmes avantages. Ce serait pourtant la conséquence des principes du droit privé.

sens, l'intérêt que la personne publique a à ce que le public reçoive des avantages n'est pas assimilable à l'intérêt personnel d'un particulier.

Pour l'action du bénéficiaire, en droit administratif, elle ne va pas sans difficultés. Doit-il y en avoir une ? Ne faut-il pas dire que le public, pour qui l'administration a stipulé, doit attendre que l'administration plaide en sa faveur ? Et s'il y en a une, devant quel tribunal sera-t-elle portée ? Autant de questions que le droit privé ne pourrait résoudre.

B. — Différences avec la représentation.

S'il y a, comme nous l'avons dit, un rapport entre la personne publique et ses administrés, ce lien pourrait-il être de droit civil ? Pourrait-il y avoir représentation ?

Il est impossible de l'admettre.

En effet, dans la théorie du mandat ou de la représentation, le mandataire ou représentant n'a pas l'initiative du contrat, sa capacité est limitée par le contrat qui le lie au mandant ou représenté, ou tout au moins par la volonté tacite de celui-ci. Il doit rendre compte. Il ne s'oblige pas par lui-même, seul le mandant est obligé par la convention conclue par le mandataire. Le mandat est révocable à la volonté du mandant. Il est facile de voir qu'aucune de ces règles n'aurait de raison d'être entre la personne publique et la collectivité dont elle administre les intérêts. La personne publique agit de son chef, suivant son initiative, par

son pouvoir propre qui ne dépend pas d'un mandat, mais résulte des lois d'organisation générale de la société, qui en sont aussi la mesure. Elle stipule et promet pour le compte du public et pour son propre compte (1). Elle n'est pas tenue à la reddition de comptes et n'a pas à craindre la révocation.

On peut ajouter que quel que soit le régime de nomination des administrateurs, il n'apparaît jamais qu'ils tiennent leurs pouvoirs de la désignation de leurs administrés : même sous le régime électif, l'élu veille aux intérêts non de la majorité dont il procède, non des électeurs, mais de la collectivité elle-même sans distinction entre les membres.

L'idée de représentation dans le sens juridique du mot, impliquant l'intervention d'un intermédiaire qui n'apparaît que dans la confection des actes dont il est chargé et point du tout dans ses effets, doit donc être écartée de notre matière (2). Elle n'a d'ailleurs jamais été qu'une fiction comode (3) que nous n'avons pas ici à utiliser.

(1) Voy. Sainctelette, « *Des contrats d'utilité publique* », *Revue de droit international et de la législation comparée*, 1888, p. 425 et suivantes. M. Sainctelette, à propos d'un arrêt de la Cours de cassation belge dont il sera ultérieurement parlé, a exprimé ces idées avec force.

(2) Voy. Hauriou, 6^e édition, p. 475 note 4. « On peut dire d'une certaine façon des administrateurs qu'ils sont des mandataires mais on ne saurait le dire de l'administration publique considérée comme organe de l'Etat accomplissant une fonction sociale primordiale; elle n'est pas un mandataire, elle prend réellement l'initiative de la gestion des services, souvent il faut qu'elle les impose aux administrés. Particulièrement dans un pays à puissance publique comme le nôtre, cette puissance publique revendique hautement ses initiatives et en accepte la responsabilité qui sont la contre-partie de ses prérogatives.

(3) Voy. Duguit, « *Etudes de droit public* », t. II, *L'Etat, les Gouvernements et les agents*, Paris, 1903, in-8^e, p. 6 à 25.

C. — Différences avec la gestion d'affaires.

L'administration n'est pas non plus le gérant d'affaires des administrés, au sens du droit civil. La gestion d'affaires existe toutes les fois qu'une personne accomplit un acte juridique dans l'intérêt d'autrui sans en avoir été chargée (1). Le maître n'est obligé que si la gestion a été opportune ou s'il l'a ratifiée. Le gérant lui rend compte. Or, l'administration est chargée par les lois de stipuler ou de promettre pour les administrés sans qu'il lui soit demandé de compte sur l'opportunité et sans qu'une ratification lui soit nécessaire.

D. — Conclusion.

Ni stipulation pour autrui, ni représentation, ni gestion d'affaires ; il ne nous reste donc aucune situation de droit privé à laquelle nous puissions assimiler celle qui résulte d'une clause en faveur du public.

Cette clause rentrera-t-elle donc mieux dans les catégories des actes administratifs ? C'est la question que nous allons à présent résoudre. Mais avant toute chose, disons quelles sont ces catégories des actes administratifs.

Pour résumer très brièvement une des distinctions fondamentales du droit administratif, l'Administration agit, tantôt comme investie du pouvoir de commander, tantôt

(1) Planiol, *Traité élément. de droit civil*, 2^e édit. 1902, n° 2273, p. 692.

comme chargée de gérer les services publics, tantôt comme gérant son domaine privé. Quand elle gère son domaine privé, ou quand, gérant les services publics, elle se tient strictement dans les conditions du commerce juridique ordinaire, elle fait des actes qui sont assimilés aux actes des personnes privées; et c'est ce qu'on a appelé la voie de la gestion privée. Quand elle intervient comme puissance publique ou quand, dans sa gestion des services publics, elle emploie, ce qui est la règle, des procédés qui lui sont propres, ses actes sont de nature administrative et appartiennent à la voie de la gestion publique (1).

Or, dans les stipulations pour le public, la personne publique intervient avec un caractère administratif particulièrement net. C'est ce qui apparaît quand on examine en quelle qualité elle prend les intérêts du public et par quel moyen elle les sauvegarde.

Entre les administrateurs et les administrés, avons-nous dit déjà, il y a un rapport qui n'est pas de droit civil. Quel est-il donc?

C'est un fait que les administrateurs tiennent de la loi le

(1) Nous ne pouvons pas entrer ici dans la discussion de ces principes qui dépasserait le cadre de notre sujet. Nous adoptons ici la théorie des auteurs qui comme M. Hauriou rejettent la distinction de l'acte de puissance publique et de l'acte de gestion comme base des compétences, qui était classique depuis Laferrière, et admettent que l'acte de gestion fait dans l'intérêt des services publics, et non dans les conditions du droit commun contient de la puissance publique, et relève des tribunaux administratifs. La jurisprudence est nettement orientée dans ce sens. Voyez notamment l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 février 1903 (Terrier). S. 1903, 3, 25 avec les conclusions de M. Romieu et les observations de M. Hauriou.

devoir et le pouvoir d'agir d'autorité ou contractuellement à la charge ou au profit des administrés, et, comme le dit excellemment M. Sainctelette, « il semblerait contraire à la définition même de la puissance publique que les stipulations faites par elles ne profitassent pas au public et que les promesses faites par elles n'engageassent pas le public ».

Sans doute, quand nous avons rejeté les idées de mandat et de gestion d'affaire, nous les interprétons dans le sens strict qu'elles ont en droit civil. Notre droit privé est un ensemble de règles déjà anciennes, bien fixées dans leur interprétation par une longue et imposante jurisprudence, et dans ce domaine la méthode déductive quasi-mathématique s'applique sur une beaucoup plus grande échelle que dans le droit public encore mal assis, gros de problèmes non résolus, aux données constamment changeantes, et qui se crée chaque jour et évolue plutôt par les théories des auteurs et par la jurisprudence, que par des textes servant de majeures à des syllogismes. A raison donc des conséquences qu'une logique rigoureuse est autorisée à en tirer, les termes mêmes du Code civil ne doivent être employés que dans leur sens strict, et si, avec ce sens strict, ils ne conviennent pas à une situation, au lieu de leur attribuer un sens élargi, on doit les écarter. N'était ce principe, on pourrait certainement parler, en droit public, de représentation et de gestion d'affaires à cause de l'analogie qu'il y a entre les relations que désignent ces mots en droit civil et celles qui existent entre gouvernants et gouvernés.

Mais il n'y aurait là que des analogies sans grande portée.

Si l'on veut définir ce que sont les gouvernants, il semble bien que le mot le plus juste soit celui d'« organes ». Les administrateurs sont les organes des collectivités, et quand ils veillent aux intérêts communs, ils ne gèrent pas l'affaire d'autrui, ils exercent leur fonction, qu'ils ont non seulement le pouvoir, mais le devoir d'exercer. Par eux, par eux seuls, et sous leur autorité, les collectivités deviennent passives ou bénéficiaires de droits ; elles ne peuvent pas se substituer à eux, car elles ne sont pas des personnes tangibles pouvant agir directement par elles-mêmes dans la société (1).

Mais si l'on trouve critiquable cette manière de décrire la situation juridique en question, on peut dire plus simplement avec M. Sainctelette : « Nous pensons que c'est une relation *sui generis*, un quasi-rapport d'ayant cause à auteur, quasi-rapport que peut-être il serait utile de définir et de régler législativement, mais sans lequel il est impossible de comprendre et d'expliquer la gestion, par les pouvoirs publics, des intérêts civils collectifs de leurs administrés(2) ».

Pour nous, nous acceptons l'idée d'organe qui éclaire mieux les choses, mais en tout cas il y a un lien, source et mesure du pouvoir de l'Administration, un lien obligatoire dérivant des lois d'organisation des pouvoirs publics, un lien de droit public au premier chef.

(1) Voyez la théorie de l'organe, née en Allemagne (Gierke, *Genossenschaftstheorie*, 1887 et Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900) exposée avec précision par M. L. Duguit. *Etudes de droit public*, II. L'Etat, les gouvernants et les agents. Paris, Fontemoing, 1903, p. 26 et suiv.

(2) Sainctelette, *article cité*, p. 434.

C'est en accomplissant ainsi sa fonction primordiale que l'Administration stipule pour le public. Elle n'intervient point au contrat comme un simple particulier, elle apparaît au contraire comme opérant en dehors des voies du droit privé, comme le montre l'examen des stipulations elles-mêmes.

Généralement, en effet, celles-ci prennent place dans des contrats justement appelés « contrats d'utilité publique (1) », par lesquels l'Administration remet l'exécution d'un service public à un entrepreneur ou concessionnaire qui lui est substitué dans son pouvoir d'expropriation, avec qui elle reste associée financièrement, à qui il est prévu qu'elle succédera. Les stipulations dont il est question ne sont pas autre chose que les règles qu'elle poserait d'autorité elle-même si elle exécutait en régie, et elles sont destinées à devenir en effet des règles de ce genre.

Ces clauses ne sont nullement accessoires d'ailleurs. Elles déterminent dans quelles conditions le but même du contrat, à savoir la mise à la disposition du public de certaines facilités, sera rempli. Elles constituent la charte du service public.

Sans doute, on peut y voir des conditions contractuelles d'un certain usage du domaine public, mais c'est là le petit côté de la question. Il ne faut pas prendre le moyen pour le but. Essentiellement, répétons-le, ce sont des dispositions

(1) Saintelette, *article cité*, p. 434.

réglant la marche des services publics, des dispositions d'intérêt public.

Nous en avons assez dit maintenant pour conclure sur la nature juridique des stipulations pour le public : elles sont des actes contractuels de gestion des services publics, faits en dehors des situations de droit commun par des procédés autres que ceux du droit commun. Nous les rangeons donc parmi les actes de gestion publique de l'administration.

Il convient donc de leur appliquer d'autres règles que celles du droit privé.

Mais cette conséquence, sans laquelle cette discussion serait demeurée purement théorique, demande à être expliquée et développée.

CHAPITRE II

DES CONSÉQUENCES IMMÉDIATES DE LA NATURE ADMINISTRATIVE DES STIPULATIONS POUR LE PUBLIC

Le caractère administratif des stipulations pour le public domine toute notre matière ; aussi ne voulons-nous dans ce chapitre que tirer les conséquences immédiates et générales qui sont relatives :

1° A la compétence ;

2° Aux règles de fond.

Nous examinerons d'abord les conséquences relatives à la compétence (1).

§ 1. — *Conséquences relatives à la compétence.*

A. — Exclusion de l'idée des contrats individuels.

Nous devons tout d'abord écarter une théorie d'après laquelle la compétence sur certaines réclamations visant

(1) La raison de cet ordre se trouve dans cette considération que c'est à propos de la compétence que se délimite le domaine du droit adminis-

l'exécution des clauses pour le public ne dépendrait point de la nature juridique des clauses, mais de l'existence de contrats individuels entre chaque usager et le service public auquel il s'adresse.

M. Romieu, énumérant, dans ses conclusions sur l'affaire du Syndicat du quartier Croix de Seguey-Tivoli (1), les divers moyens juridiques dont l'usager peut se servir pour faire respecter ses droits, mentionne en premier lieu « le recours devant l'autorité judiciaire pour non exécution du contrat individuel qui se forme à l'occasion de chaque prestation demandée et non fournie ». « L'autorité judiciaire, ajoute-t-il, est compétente pour statuer sur ces rapports contractuels, et pour faire application des actes qui les régissent, qu'il s'agisse de fourniture d'eau, de gaz, ou de transports. A ce dernier point de vue notamment elle a souvent à interpréter les tarifs et leurs conditions d'application arrêtées par le Ministre des Travaux publics. »

A notre avis, il n'y a pas lieu de tenir compte de cet élément du contrat individuel. La présence d'un pareil contrat ne peut avoir aucune conséquence sur le caractère du contentieux. S'il en était autrement, il faudrait distinguer soigneusement les cas où il y a eu offre et acceptation de la prestation du service et discussion postérieure sur ses conditions sous-entendues, par conséquent contrat, et ceux

tratif et par conséquent le règne des règles particulières à ce droit, et cela même tient à ce que ces règles particulières ont été faites précisément par le juge.

(1) Cons. d'Et., 21 décembre 1906. *Recueil Lebon*, p. 967.

où il y a eu refus de demander ou de fournir la prestation à la suite d'un désaccord sur les conditions, par conséquent absence de contrat, et cela serait fort irrationnel. Qu'un usager du chemin de fer prenne son billet, fasse son voyage, et réclame ensuite un trop-perçu, ou que, devant l'exigence d'un prix qu'il estime exagéré, il refuse de payer et réclame contre cette exigence, le contentieux n'est pas radicalement différent. La chose demandée, c'est toujours l'exécution de la clause du cahier des charges et l'on ne concevrait pas que la compétence variait suivant qu'on se trouve dans un cas ou dans l'autre.

Dans beaucoup de cas l'usager réclame l'exécution des clauses des cahiers des charges sans avoir pu faire le moindre contrat, car très souvent c'est contre l'absence de service, ou contre le refus qui lui est opposé de fournir la prestation du service (1), ou contre une exécution irrégulière (2), qu'il proteste. Ce sont donc des situations où le moyen indiqué par M. Romieu ne peut être d'aucune efficacité.

Dans les cas où on peut dire qu'il y a effectivement contrat, nous croyons qu'on peut n'en point tenir compte. C'est plutôt une ombre de contrat qu'un contrat que passe le voyageur qui prend son billet au guichet d'une gare. Essentiellement, cet acte consiste à remplir les conditions

(1) Voy. l'affaire du Syndicat du quartier Croix de Seguey-Tivoli, note (1).

(2) Voy. l'affaire Storch. Cons. d'Et., 3 février 1905. *Rec. Lebon*, p. 416.

voulues pour profiter de certains avantages stipulés à son profit par une personne publique. — Il y a là beaucoup plus un simple contact qu'un contrat. C'est l'exécution d'une stipulation pour le public. L'existence d'un contrat peut parfaitement être niée. Et si on veut l'admettre, on dira qu'il y a simplement contrat d'adhésion, c'est-à-dire contrat où on considère pour rien la volonté des parties, où toute l'attention se porte sur le sens du texte auquel on a adhéré, et sur l'intention de ses auteurs. Le contentieux du contrat individuel d'utilisation du service public ne peut donc être en réalité que le contentieux de la stipulation pour le public elle-même.

L'exemple des tarifs, que donne M. Romieu, n'est pas concluant : la compétence judiciaire en cette matière a été justifiée de plusieurs façons autres que l'affirmation de l'existence d'un contrat.

On peut donc négliger les relations contractuelles problématiques et en tout cas sans importance entre l'exploitant et l'usager et tenir pour vrai que les règles de compétence doivent se déduire du caractère juridique des stipulations pour le public litigieuses.

B. — Justification de la compétence administrative. Jurisprudence.

La compétence des tribunaux administratifs, bien qu'elle ait été souvent qualifiée d'exceptionnelle, n'a jamais mérité ce titre. Exceptionnelle, en effet, elle ne l'est qu'en ce

sens, nullement juridique, qu'elle se présente en fait moins fréquemment que la compétence judiciaire, parce que chaque citoyen a plus souvent affaire avec ses semblables qu'avec les personnes publiques. Mais cette compétence n'a jamais dépendu de l'expresse énumération de textes limitatifs. Elle a toujours été générale, ou de droit commun, dans un certain domaine, celui des « opérations administratives » ou des « actes de l'administration », pour parler comme les textes révolutionnaires qui ont affirmé le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire (1), et toujours il y a eu des actes relevant de la juridiction administrative par leur nature, à côté de ceux qui en relevaient de par les textes.

Mais la contenance de cette catégorie d'actes qui sont du ressort des tribunaux administratifs par leur nature a notablement varié avec le temps. Longtemps la jurisprudence et la doctrine n'ont voulu, en règle, générale y placer que les actes de puissance publique de l'administration, à l'exclusion de tout acte de gestion même fait en vue de la marche d'un service public. Telle a été l'opinion de Laferrière dans son *Traité de la juridiction administrative*. Telle est encore l'opinion de nombreux auteurs de droit administratif (2).

Cette délimitation de la compétence administrative par la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion

(1) Lois 16-24 août 1790. Tit. II, art. 13. Loi 26 fructidor an III.

(2) Berthélemy, *Traité élémentaire*, 2^e édit., p. 19 et suiv., p. 844 et suiv.

perd aujourd'hui du terrain. On s'est aperçu qu'un élément de puissance publique existe dans beaucoup d'actes de gestion, et que la distinction plus haut mentionnée était en réalité impossible à faire dans une foule de cas ; et c'est ainsi que des auteurs ont été amenés à considérer comme ressortissant aux tribunaux administratifs tous les actes que l'administration fait dans un intérêt public et par des procédés différents de ceux du droit commun, et comme ressortissant aux tribunaux judiciaires les actes que l'administration fait dans l'intérêt de son domaine privé ou suivant les procédés du droit commun. Cette distinction, M. Hauriou l'a faite en appelant la première catégorie d'actes, actes de « la gestion publique », et la seconde, acte de « la gestion privée » (1). La jurisprudence a suivi cette tendance. Depuis déjà longtemps elle a admis la compétence administrative pour la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat pour quasi-délit sans invoquer aucune raison de texte et par application des principes (Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco*) (2). Elle a aussi admis la même compétence pour

(1) Hauriou, *Précis*, 6^e édition 1907. Teissier, *De la Responsabilité de la puissance publique*, 1906 ou article *Responsabilité* dans le Répertoire Béquet.

(2) Voy. Laferrière, 2^e édit., t. I, p. 680 et suiv. Avant l'arrêt *Blanco* la compétence administrative était fondée à la fois sur le principe de la séparation des pouvoirs et sur les textes concernant l'Etat débiteur. Déjà l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 décembre 1855 (*Rothschild*) rendu sur conflit donnait une force particulière au premier motif, quand il disait : « A l'administration seule il appartient sous l'autorité de la loi de régler les conditions de services publics dont elle s'est chargée d'assurer le cours, de déterminer les rapports qui s'établissent entre l'Etat, les nombreux agents qui agissent en son nom et les particuliers qui profitent de ces

les litiges qui naissent entre les communes et leurs agents considérés comme liés à elles par un contrat d'une nature particulière (arrêt du Conseil d'Etat, 13 décembre 1889, *Cadot*). Plus récemment enfin elle a fait un pas décisif dans la même voie par l'arrêt du 6 février 1903 (*Terrier*) par lequel le Conseil d'Etat s'est reconnu compétent dans un procès survenu entre un département dont le Conseil général avait promis des primes aux destructeurs de vipères, et un chasseur de vipères qui prétendait avoir droit à une certaine somme à ce titre. Ce contrat, fait pour assurer l'exécution d'un service public, a été jugé par le Conseil d'Etat de nature administrative.

Dans les conclusions remarquables qu'il a prononcées à cette occasion, M. le commissaire du gouvernement Romieu a présenté d'une façon très nette la thèse de la compétence administrative pour les actes de gestion publique et a résumé la doctrine qui se dégageait des arrêts précédents dans deux formules qui doivent être reproduites : « Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux, soit que l'administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procède par voie d'autorité, constitue une opération administrative qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative au point de vue des litiges de toutes sortes auxquels elle peut donner lieu » ou bien : « Toutes

services, et dès lors de connaître et d'apprécier le caractère et l'étendue des droits et des obligations réciproques qui en doivent naître ». Ces paroles sont tout à fait dans le sens de notre thèse,

les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre les personnes publiques, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public, sont de la compétence administrative et relèvent à défaut d'un texte spécial du Conseil d'Etat juge de droit commun du contentieux de l'administration publique, générale ou locale » (1).

Appliquant ces principes à la matière de la stipulation pour le public dont nous avons prouvé qu'elle était de nature administrative et appartenait à la gestion publique, nous dirons que les litiges auxquels elle donne lieu seront du ressort des tribunaux administratifs.

Ces raisonnements n'étaient pas d'ailleurs nécessaires pour les difficultés qui s'élèveront entre l'administration et les entrepreneurs ou concessionnaires de services (2), car la loi du 28 pluviôse an VIII prévoit pour elles d'une façon expresse la compétence des Conseils de Préfecture et aucune discussion n'était possible à ce sujet.

Mais nous les avons faits pour établir la compétence administrative même dans le cas où les bénéficiaires seront amenés à en demander l'exécution. En effet, on aurait pu

(1) Voyez S. 1903,3,25.

(2) De services d'exploitation d'un ouvrage public, car tout ce contentieux est celui des travaux publics, compris très extensivement. Si le service n'a aucun lien avec un travail ou un ouvrage public, ce qui est fort rare, la compétence est celle, non du Conseil de Préfecture, mais du Conseil d'Etat, juge de droit comme en matière administrative, par application des principes qui ont dicté l'arrêt Terrier. Les raisonnements précédents étaient donc utiles au moins pour ce cas-là.

dire : « La loi de l'an VIII ne donne compétence au Conseil de Préfecture que pour les contestations entre les personnes publiques et leurs co-contractants, et les autres doivent être jugées par les tribunaux ordinaires, et cela est admis par la doctrine et par la jurisprudence » (1). A quoi nous pouvons maintenant répondre : « La loi de l'an VIII a créé la compétence du Conseil de Préfecture, mais point la compétence administrative en ces matières, car celle-ci résulte des principes et non des textes, comme nous venons de le montrer, de sorte que l'action des tiers bénéficiaires doit être portée devant un tribunal administratif.

Mais, nous répondra-t-on, admettons que les stipulations pour le public soient d'intérêt général à l'égard de la personne publique stipulante, cela n'implique pas que les procès qui se feront entre particuliers et l'exploitant du service public relativement aux engagements de ce dernier présentent, eux, un pareil intérêt et doivent être à ce titre du ressort des tribunaux administratifs.

Pour répondre à cette objection nous ferons une distinction importante.

Parmi les réclamations qu'une personne privée peut faire à l'encontre d'un concessionnaire ou entrepreneur et fondées sur l'application d'une clause du cahier des charges insérée en sa faveur, il en est qui visent l'existence même d'une clause pour le public et de ses effets juridi-

(1) V. Laferrière, 2^e édit., II, p. 128. Voy. plus loin l'exposé de la jurisprudence en même temps que son interprétation.

ques, qui ouvrent un débat sur les droits même du public, et celles-là présentent un intérêt véritablement administratif (tout comme la réclamation du chasseur de vipères : l'exécution même du service était en jeu encore qu'un seul ayant droit réclamât) et doivent relever de la compétence administrative ; et il en est d'autres qui visent l'application d'une clause non discutée en principe à une situation toute particulière, et celles-là, n'agitant que des intérêts purement privés, restent dans le domaine judiciaire.

C'est au moyen de cette distinction qu'on peut s'expliquer la jurisprudence et qu'on peut admettre nos conclusions.

En effet, la jurisprudence a admis la compétence judiciaire pour de très nombreux litiges entre entrepreneurs et tiers, à tel point que cela a pu paraître la règle générale.

En une première série d'arrêts, il ne s'agit pas positivement de tiers réclamant l'application de clauses du cahier des charges intervenues à leur profit, mais de tiers se prévalant du cahier des charges pour en tirer certaines conséquences avantageuses pour eux mais indirectes. Nous donnerons comme exemple l'affaire jugée par la Cour de Cassation le 31 janvier 1859 (1), dans laquelle il s'agissait de déterminer l'étendue même d'une entreprise sur les opérations de laquelle un tant pour cent avait été promis au demandeur par l'entrepreneur. Il est bon de remarquer que dans de pareils cas le demandeur exige l'application à son

(1) S. 1859,1,740.

profit d'une clause d'intérêt public, telle que l'étendue même d'une concession, et l'on comprend qu'on aurait pu en conclure par analogie que la réclamation d'un membre du public, visant l'application d'une clause en faveur du public, fût-elle considérée comme d'intérêt général, ressortirait aussi aux tribunaux judiciaires. Mais, faisons-nous remarquer, tandis que cette dernière réclamation a ou peut avoir un caractère d'utilité publique, la précédente en était complètement dépourvue et il ne s'agissait que d'un tiers ayant avec l'entrepreneur ou concessionnaire des relations d'intérêt purement privé, tel qu'un bailleur de fonds, un fournisseur ou un sous-entrepreneur. Le public en ces questions est désintéressé.

C'est d'ailleurs ce motif qu'on trouve nettement exprimé dans l'arrêt de 1859 dont nous parlions tout à l'heure ; il dit en effet que l'autorité judiciaire est compétente pour apprécier et même interpréter des statuts et des conventions relatives à des entreprises d'utilité publique approuvées par le gouvernement comme telles « dans tout ce qui se rattache à l'intérêt privé des parties. »

Dans une seconde série d'arrêts, très abondamment fournie, la compétence judiciaire est reconnue fort nettement pour des réclamations visant à l'exécution de ces véritables clauses en faveur du public que sont les tarifs. On a expliqué la compétence judiciaire en cette matière par des raisonnements peu rigoureux. Il nous semble, comme nous l'expliquerons en temps et lieu, que cette compétence résulte du caractère purement privé des litiges dont

la solution n'intéresse nullement la marche des services, les discussions entre exploitants et usagers portant, dans l'immense majorité des cas, sur l'application d'un tarif qui n'est pas contesté à des faits, à des quantités sur lesquelles on n'est pas d'accord (1).

Toute autre est la situation quand l'existence même d'une stipulation pour autrui et le droit même du public sont en jeu. Alors il ne s'agit plus de dire : « La Compagnie prétend que tel transport entre dans telle catégorie prévue au tarif, et non dans tel autre » (intérêt purement privé), mais de dire : « La Compagnie prétend n'avoir pas à exécuter tel article du contrat lui créant des obligations vis-à-vis du public, et comme membre du public, je viens faire proclamer, à l'occasion de mon droit, le droit même du public » (intérêt administratif). Dire le droit, quand un particulier actionne dans ces conditions le concessionnaire d'un service public, c'est quelque peu administrer, c'est interpréter des contrats et des actes administratifs, c'est vérifier les droits et les devoirs de ces personnes quasi-pu-

(1) Cela est si vrai que quand la discussion ne porte plus sur l'application du tarif mais sur celui qui devrait exister d'après une clause du cahier des charges, le litige perdant alors son caractère d'application purement individuelle, l'autorité judiciaire se déclare incompétente comme il sera dit plus loin à propos de l'affaire Adenis. D'ailleurs, dans les procès sur les tarifs, l'existence même de ces tarifs peut bien être mise en cause, puisque les tribunaux peuvent en apprécier le sens et jusqu'à un certain point la légalité : cela est pour éviter l'allongement indéfini des procès par les questions préjudicielles qui s'imposeraient en pure logique ; cela arrive aussi dans le contentieux des contributions indirectes.

bliques (1) qui sont chargées de l'exécution des services publics, c'est en un mot dire comment doivent fonctionner les services publics. En réalité, malgré la limitation apparente des résultats du jugement aux prétentions du particulier, c'est proclamer le droit du public tout entier par des arrêts qui font la jurisprudence, cette source si importante des règles juridiques.

Et nous avons assez montré que la stipulation pour le public est une clause administrative pour pouvoir affirmer que le contentieux dans lequel elle est vraiment mise en cause elle-même, à titre principal, doit être administratif.

Cette conclusion est aussi celle à laquelle conduirait l'application des formules de M. le Commissaire du gouvernement Romieu, citées précédemment, qui sont aussi générales que possible.

La distinction que nous avons faite peut paraître insuffisamment nette pour être pratique. Comment, dira-t-on, reconnaître à coup sûr si une réclamation d'un membre du public met en jeu des intérêts publics ou seulement des questions d'application purement individuelle? Cela est pourtant assez simple. On peut dire une fois pour toutes que dans le contentieux des stipulations pour le public, les con-

(1) Le concessionnaire d'un service public peut bien être appelé ainsi, lui qui représente le service vis-à-vis du public, et à qui la Puissance publique a abandonné l'usage de ses droits, jusqu'à celui d'exproprier. Au point de vue du public il n'y a point de différence entre la régie ou la concession. Le public a affaire « au service public » quel que soit son mode d'exécution, et dans les deux cas le contentieux doit être administratif.

testations relatives aux tarifs rentrent seules dans la seconde catégorie et y rentrent toutes. — Elles y rentrent seules, car seules elles comportent, pour ainsi dire, ce dosage numérique, variable suivant certaines conditions d'espèce, qui nous fait dire qu'elles ne touchent pas à des intérêts publics. Elles tendent à la proclamation du droit d'une personne privée dans un cas donné et à rien de plus, et ce cas est trop particulier pour qu'il puisse résulter de la sentence un effet sur la marche du service. Elles y rentrent toutes, même celles où le tarif lui-même et sa signification font la base du litige, pour une raison d'unité de juridiction et de simplification des procès qui commande des solutions analogues en matière de contributions indirectes ou de règlements de police. — On peut donc dire que la distinction proposée ne se heurte à aucune raison tirée de la pratique, alors qu'elle seule rend compte d'une façon satisfaisante de la jurisprudence, et répond aux exigences de la logique (1).

(1) Nous avons été amenés à admettre cette théorie qu'on trouvera peut-être subtile, devant l'insuffisance absolue des autres explications. Nous espérons nous être fait comprendre. Il n'y a en réalité qu'une différence de degré entre les contestations relatives aux tarifs et les autres, mais elle justifie parfaitement une distinction de compétence. Dans un litige sur l'application d'un tarif l'appréciation des conditions de fait l'emporte de beaucoup sur l'interprétation du tarif. Au contraire, dans le contentieux des clauses autres que celles qui comportent des séries de chiffres, les conditions de fait (c'est-à-dire l'élément personnel) étant peu complexes disparaissent devant la question de l'obligation du service public. Que l'on compare d'ailleurs la réclamation d'un voyageur qui affirme qu'on lui a demandé un prix trop élevé pour son billet, par suite d'une erreur dans la combinaison des tableaux, à celle d'un syndicat de con-

Ne peut-on pas dire, au surplus, que si les autorités administratives et judiciaires sont séparées ce n'est pas pour assurer à l'administration le pouvoir de mépriser le droit, mais bien pour le faire respecter, en une matière particulière, par des hommes qui en ont l'expérience technique et qui opèrent selon une procédure qui y est mieux appropriée ? Et s'il est vrai qu'à l'heure actuelle c'est là le solide fondement du principe de la séparation, n'apparaît-il pas que les juges qui sont compétents pour interpréter et faire exécuter tous les contrats intervenus entre les personnes publiques et les particuliers pour l'exécution des Travaux publics et l'exploitation des ouvrages, doivent l'être également pour les clauses concernant le public qui figurent dans les mêmes contrats, tout comme ils le seraient si ces clauses étaient remplacées par les dispositions réglementaires d'un service en régie ?

Même si l'on n'admettait pas cet argument, ne voit-on pas que si les tribunaux judiciaires avaient à juger les conflits nés à propos des stipulations pour le public, ils seraient obligés de renvoyer les parties devant le juge du contrat pour interprétation, et que la solution donnée par la juridiction administrative à la question préjudicielle préjugerait du fond même du débat, serait en réalité le véritable jugement ? Pourquoi alors maintiendrait-on une procédure inutile ?

Nous concluons donc à l'adoption, pour les stipulations

tribunales d'un quartier réclamant qu'une ligne de tramways fonctionne sur telle voie conformément au cahier des charges. Cela vaut mieux que tout raisonnement abstrait.

pour le public, les tarifs étant mis à part, de la compétence administrative, quitte à déterminer ultérieurement quel sera le tribunal saisi, et ceci sans distinguer le cas où le consommateur lésé demanderait au tribunal d'ordonner l'exécution de la condition du contrat, de celui où il demanderait une indemnité pour la faute commise à son égard par l'exploitant, hypothèses qui sont les faces possibles d'une même question au point de vue de la compétence.

Nous approuvons donc la doctrine, jusqu'à présent non contredite par aucune autre décision, de l'arrêt du 23 mai 1905 (*C^{ie} générale parisienne de tramways contre Adenis* (1)), par lequel la Cour de cassation s'est déclarée incompétente dans un procès où la question était nettement posée. Quoique dans l'affaire dont il s'agissait fût mêlée à une question d'application d'une stipulation pour le public une question de tarif qui était d'un ordre tout à fait différent, il est possible de définir à l'aide des considérants l'attitude de la Cour suprême sur la première de ces questions.

La Compagnie générale parisienne de Tramways, concessionnaire de la ligne de Villejuif-Châtelet, devait, suivant une convention du 30 avril 1900, portant notamment prolongation de la concession, substituer la traction mécanique à la traction animale sur cette ligne au plus tard le 1^{er} juillet 1901, percevoir un tarif réduit, et augmenter le nombre des places de 2^e classe. Passé ce délai, comme la Compagnie ne faisait rien tout cela, un voyageur, Adenis, refusa à plusieurs

(1) S. 1907, 1, 185 et note.

reprises de payer, conformément au tarif homologué en vigueur, le prix de première classe pour la place de la plateforme qu'il occupait. Poursuivi par la Compagnie, en paiement des prix refusés et en dommages-intérêts pour troubles, il riposta *par une demande en indemnité pour le préjudice que lui portait le retard de la Compagnie dans l'exécution de ses engagements*. Il perdit devant le juge de paix, gagna devant le Tribunal de la Seine, mais vit ce dernier jugement cassé par la Cour de Cassation pour des motifs dont, laissant de côté ceux relatifs à la force des tarifs homologués, nous extrayons celui-ci : « Que, d'autre part, l'autorité judiciaire est incompétente pour interpréter les actes administratifs tels que les conventions et décrets réglant les concessions des lignes de tramways ».

Sans doute ce considérant n'est peut-être pas d'une netteté parfaite, et l'on pourrait se demander si devant l'impossibilité « d'interpréter » des actes administratifs, la Cour n'aurait pas pu simplement surseoir à statuer sur le fond en attendant la solution d'une question préjudicielle. *Mais elle ne l'a pas fait*. Dès lors il est bien certain qu'il ne faille pas prendre le mot interpréter dans un sens trop strict mais bien entendre que, vu le caractère administratif de la stipulation invoquée par Adenis, la Cour de cassation a refusé d'en tirer les conséquences. C'était dire qu'il appartenait à la seule juridiction administrative d'*apprécier la responsabilité qui incombait à un concessionnaire pour n'avoir pas exécuté la clause en faveur du public* (1).

(1) Cet arrêt a été mentionné par M. Romieu Commissaire du Gouver-

La question s'était d'ailleurs déjà posée et avait été diversement résolue. Le Conseil d'Etat a rendu, le 3 janvier 1851 (1), un arrêt sur conflit qui admettait la compétence judiciaire pour accorder indemnité à des tiers lésés par un tarif contraire au cahier des charges. Voici le résumé de l'affaire : « Le chemin de fer du Nord avait trois embranchements, les deux premiers reliant Lille à Calais et à Dunkerque, le troisième reliant Amiens à Boulogne. Les deux premiers avaient été concédés à la Compagnie du Nord, et le troisième à une Compagnie rivale, qui n'ayant pas d'autre voie vers Paris avait le droit d'emprunter la ligne du Nord entre Paris et Amiens. Pour éviter que cette dernière Compagnie ne soit désavantageusement concurrencée et que les habitants de Boulogne en aient à souffrir, il était stipulé en leur faveur au cahier des charges de la Compagnie du Nord, que celle-ci ne pourrait diminuer le tarif pour les voyageurs

nement, dans ses conclusions sur l'affaire des tramways de Bordeaux (Cons. d'Et., 21 décembre 1906. *Lebon*, p. 947) dont nous parlerons plus tard, M. Romieu disait qu'on pouvait concevoir qu'une personne lésée par la non exécution d'une clause en faveur du public puisse saisir le juge civil d'une action en indemnité fondée sur la faute commise à son égard par l'exploitant ; le juge civil aurait seulement sursis à statuer jusqu'à solution de la question par l'autorité administrative, si une difficulté s'était élevée sur une question d'interprétation des conditions du contrat. Mais M. Romieu reconnaissait que les tribunaux ne s'engageaient pas dans cette voie. A son avis sans doute, comme au nôtre, ils ont raison. M. Hauriou approuve nettement cette jurisprudence, l'application des clauses du cahier des charges étant à son avis une question d'organisation du service, et par conséquent une question spécialement administrative. (Note sous arrêt du Conseil d'Etat du 21 décembre 1906. *Syndicat du quartier Croix Seguey-Tivoli*. S. 1907, 3, 33.

(1) Conseil d'Etat, Confil, 3 janvier 1851. D. 1851, 3, 39.

de Dunkerque et de Calais sans que ceux existant entre Amiens et Paris le soient aussi d'autant. Cette disposition n'ayant pas été respectée, la Compagnie du petit embranchement et quelques habitants de Boulogne actionnèrent la Compagnie du Nord en dommages-intérêts devant les tribunaux judiciaires. Le Préfet éleva le conflit. Ce conflit fut annulé par le Conseil d'Etat par ce motif que l'autorité judiciaire était compétente à raison du caractère législatif des conventions de chemins de fer.

Nous n'admettons pas la théorie de cet arrêt. Nous montrerons plus tard (1) que les cahiers des charges ne sont point des lois et que les tarifs sont des actes administratifs. L'autorité judiciaire est donc incompétente pour les critiquer comme non conformes au cahier des charges, ou pour dire ceux qui devraient exister d'après le cahier des charges, ou pour allouer indemnité en cas de non conformité.

Le juge des conflits l'a reconnu lui-même peu après la décision de 1851. En effet, par un arrêt du 21 avril 1853 intervenu entre la Compagnie du chemin de fer de l'Ouest et divers entrepreneurs de voitures (2), il est revenu aux vrais principes : « Aux termes des articles 44 et suivants de l'ordonnance du 15 novembre 1846, c'est à l'administration qu'il appartient, sur l'initiative des Compagnies... d'approuver en vue de l'intérêt général, dans les limites du maximum autorisé par le cahier des charges, ou de rejeter

(1) Voy. *infra*, p. 221 et suivantes.

(2) Dupont et autres contre Cl^{es} de Chemin de fer de l'Ouest. S. 1854, 2, 66.

les modifications proposées aux tarifs des perceptions. Sous le prétexte d'un prétendu dommage causé par ces modifications à des intérêts privés, l'autorité judiciaire ne saurait, sans reconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, s'immiscer directement ou indirectement dans l'appréciation d'actes de cette nature et y porter atteinte ».

Cette ferme doctrine de 1853 est la même qu'affirma récemment l'arrêt Adenis ; aucune décision postérieure n'étant à mentionner en sens contraire, nous pouvons la considérer comme celle de la jurisprudence. Notre opinion peut donc s'appuyer sur l'autorité des arrêts.

§ 2. — *Conséquences relatives aux règles de fond.*

Quel que puisse être le tribunal compétent, il conviendra toujours d'appliquer aux situations proprement administratives d'autres règles qu'à celles qui se présentent entre personnes privées.

Il serait exagéré de dire que ce principe ressorte clairement des textes législatifs. Il résulte implicitement, peut-on dire, de la séparation des autorités administrative et judiciaire et de l'établissement d'une juridiction administrative. Il n'aurait pas été nécessaire d'interdire aux tribunaux ordinaires de connaître des faits de l'Administration pour les remettre à l'appréciation de l'Administration elle-même (d'abord sous sa forme active, ensuite sous sa forme juridic-

tionnelle), si l'on n'avait pas estimé que les actes administratifs formaient une classe distincte de par leur nature même, demandant l'application de règles particulières. Sans doute le Code administratif n'a jamais été fait : il n'existe que par bribes dans les lois, et il semble que devant l'impossibilité de le rédiger, le législateur, en créant la juridiction administrative, ait pour ainsi dire donné à celle-ci mandat de formuler les principes, d'interpréter les règles existantes, de combler les lacunes, en un mot de construire un édifice juridique logique et harmonieux au fur et à mesure de ses décisions. Aussi bien est-ce maintenant une vérité reconnue que le droit administratif français est un droit fait par le juge sur la base de la prérogative de la puissance publique (1).

Les exemples sont nombreux où le juge administratif, en l'absence de tout texte, a clairement rejeté l'application du Code civil pour adopter des règles particulières qu'il estimait équitables et en rapport avec les situations. Prenons comme exemple la question de la responsabilité de l'Etat : la base de cette responsabilité n'est point les articles 1382 et suivants du Code civil, c'est un principe de justice, celui-là même d'ailleurs qui a inspiré lesdits articles (2). L'étendue de cette responsabilité n'est point non

(1) V. Hauriou, 6^e édit., 1907, p. 383.

(2) Voy. Laferrière, I, p. 674 et suiv. et arrêts cités, p. 680-681. Conseil d'Etat, 6 décembre 1855, *Rothschild* (sur conflit). Tribunal des conflits, 1^{er} février 1873, *Blanco*, etc. . Voy. encore Laferrière, II, p. 183 et suiv. — L'arrêt de 1855 dont nous avons déjà fait une citation à propos de la compétence (p. 145, note 2), est motivé quant au fond des considérations fort générales : « Ces rapports, ces droits et ces obligations (celles qui

plus celle qui résulte des mêmes articles : certains faits de l'administration qui n'ont pas le caractère de faute, tels que le percement d'un tunnel dans les conditions les plus légales, donnent droit à indemnité aux personnes lésées parce que les personnes publiques n'agissent pas dans les conditions normales et courantes dans lesquelles agissent les particuliers (1).

Sans insister davantage sur des principes qui, quoique encore contestés par nombre de jurisconsultes civilistes, sont le fondement même du droit administratif, nous en déduisons que les règles de la stipulation pour le public seront établies, à défaut de textes, par la jurisprudence qui n'a d'autre limite dans son pouvoir de création du droit que de rester dans la logique des règles déjà établies et des décisions précédentes sur les matières connexes ou analogues, et de ne pas perdre de vue les nécessités de la pratique et le bien général (2).

naissent à propos des services publics), *ne peuvent être réglées selon les principes et les dispositions du seul droit civil et comme ils le sont de particulier à particulier.*

(1) Laferrière, p. 156-158. Arrêt du Cons. d'Etat, 11 mai 1883, Chamboredon, point de départ de cette jurisprudence demeurée constante depuis.

(2) Il est intéressant de faire connaître les opinions de quelques jurisconsultes de droit civil sur la question. La majorité des auteurs refuse d'accepter que les stipulations des contrats faits en vue des services publics soient régis par des principes différents de ceux du droit civil. Cependant, devant l'évidente dissemblance des situations, ils sont obligés d'admettre certaines règles spéciales ou tout au moins de les étudier à part. — M. Lambert, dans son étude déjà citée sur la stipulation pour autrui, ne fait mention de la clause en faveur du public dans les contrats d'intérêt public que comme une modalité intéressante mais nullement

Ces règles, d'ailleurs, nous exposerons dans le titre suivant ce qu'elles nous paraissent devoir être.

exorbitante du droit commun ; c'est à peine s'il la sépare des stipulations en faveur des ouvriers (Lambert, *op. cit.*, p. 345 et suiv., § 318 et suiv. : « En principe, les mêmes règles doivent s'appliquer, en l'absence de textes spéciaux, aux contrats passés par les personnes publiques et aux contrats passés par les personnes privées. Si l'article 1119 prohibait les stipulations pour autrui il devrait être respecté par les personnes publiques... etc. »). Nous nous élevons contre cette dernière affirmation qui juge tout le système !) M. Champeau fait une distinction plus nette, et, à propos d'une note de Labbé dont nous allons parler, pose le problème, mais déclare que la jurisprudence applique simplement les règles de la stipulation pour autrui (Champeau, *op. cit.*, p. 210 et suiv.).

M. Saleilles (*Théorie de l'obligation*, n° 246, note), rejette l'opinion d'après laquelle les stipulations pour le public s'écarteraient d'une façon radicale des règles du droit civil. Mais si le principe l'effraie, il est disposé à admettre certaines de ses conséquences. Il établit avec force que tout au moins la prohibition de l'article 1119 et la vieille règle « pas d'intérêt, pas d'action », qui en est la base, n'ont en vue que des intérêts patrimoniaux et ne sont pas admissibles « lorsqu'il s'agit d'un être fictif reconnu par la loi comme l'organe des intérêts généraux d'un groupe de particuliers » ; et il ajoute : « lorsque cet être fait un contrat en vue des intérêts qu'il représente administrativement, il agit dans la sphère légale de sa capacité administrative et le contrat est valable comme rentrant dans la catégorie des actes qu'il a mission de conclure en vertu de sa propre situation ». — Voilà des affirmations qui seraient sans intérêt si elles avaient seulement pour but de faire écarter pratiquement l'application de l'article 1119 tombé en désuétude, mais qui en ont au contraire un réel en ce qu'elles font apparaître la différence radicale de nature entre les stipulations pour le public et les stipulations pour autrui du Code civil. De là découle logiquement l'adoption d'un système de règles différent pour chacune de ces situations.

Labbé a touché la question dans une note du Sirey sous l'arrêt du 21 juillet 1888 (S. 1889, 4, 9). Lui non plus, n'ose pas abandonner les principes du Droit civil : « Nous hésitons à déclarer *a priori* que les règles du droit privé ne sont pas applicables aux contrats d'utilité publique. Nous ne savons pas où nous entraînerait ce rejet en masse de toutes les règles de la justice privée ». — Mais aussitôt il ajoute : « Nous sommes plutôt enclin à dire que le droit administratif doit, *autant que possible*,

autant que la nature des choses le comporte, prendre ses inspirations dans le droit privé », et ce disant il renonce à toute assimilation de principe pour réduire le rôle du droit privé en notre matière à celui d'un modèle excellent, mais facultatif. Et nous n'allons pas contre. Etudiant dans la suite les effets d'une stipulation insérée par une municipalité au profit des habitants de la commune, il affirme qu'il n'y a pas là stipulation pour autrui, mais représentation. Sur ce point M. Planiol est de son avis (*Traité élémentaire de droit civil*, 2^e édition, t. II, p. 379, n^o 4).

Mais ce n'est que dans l'article que M. Saintelette a écrit à propos de l'arrêt de la Cour de cassation belge du 21 juillet 1888 (S. 89, 4, 9), dans la *Revue de droit international et de législation comparée* (1888, p. 425 et suiv.), que nous trouvons exposée avec une parfaite netteté la théorie que nous acceptons et qui est d'ailleurs conforme aux principes fondamentaux nulle part écrits mais toujours agissants de la jurisprudence administrative.

TITRE II

RAPPORTS JURIDIQUES QUI DÉRIVENT DES STIPULATIONS POUR LE PUBLIC

L'étude des règles qui régissent les stipulations pour le public comporterait en premier lieu l'examen des conditions de validité des clauses pour le public. Mais il résulte des développements d'ordre général qui ont précédé, que nous les considérons comme légales, puisqu'il entre dans la fonction même des personnes publiques de les établir, et que l'interdiction de l'article 1119 et les conditions de l'article 1121 du Code civil ne sauraient être appliquées dans un domaine qui relève du droit public et non du droit privé. Quant aux conditions générales de validité de toute clause de contrat administratif, nous n'avons pas à les énumérer.

Nous abordons donc immédiatement l'étude des effets des stipulations pour le public insérées dans les contrats administratifs. C'est le fond même de notre sujet, dans l'examen duquel les réflexions précédentes n'ont fait que nous introduire.

Les stipulations pour le public créent des relations entre

trois catégories d'intéressés, qu'on peut appeler, comme dans la matière analogue du droit civil, Stipulant, Promettant et Bénéficiaire.

Notre plan consistera à étudier par ordre les rapports qui naissent entre ces personnes :

- 1° Rapports entre le Stipulant et le Promettant ;
- 2° Rapports entre le Promettant et les Bénéficiaires ;
- 3° Rapports entre les Bénéficiaires et le Stipulant.

CHAPITRE I^{er}

RAPPORTS ENTRE LE STIPULANT ET LE PROMETTANT

Les rapports qui naissent entre l'administration et un entrepreneur ou un concessionnaire à propos d'une clause en faveur du public insérée dans le contrat qui les lie, ne diffèrent pas en principe de ceux qui résultent des articles où les deux contractants sont seuls en question.

Le promettant a, vis-à-vis de l'administration, l'obligation de remplir ses engagements.

S'il ne le fait pas, l'administration a le droit de l'y forcer en usant des sanctions ordinaires du contrat.

En droit civil on admet que le stipulant peut répéter les prestations qu'il a faites sous la condition du respect de la clause pour autrui. Mais on ne lui accorde une action pour faire exécuter cette clause ou pour obtenir des dommages-intérêts que s'il est personnellement intéressé (1).

Cette distinction n'a pas de raison d'être en matière administrative. Non seulement l'administration a le droit

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 2^e édition, n^o 1258, p. 392.

d'exiger l'exécution de ce qu'elle a stipulé pour ses administrés, mais elle en a le devoir strict. Elle est, peut-on dire, toujours personnellement intéressée à cette exécution, car c'est sa fonction et sa raison d'être de veiller aux intérêts du public avec lequel elle est dans un rapport de droit (1).

Elle a plusieurs moyens pour obtenir satisfaction.

Tout d'abord elle peut appliquer les clauses pénales ou la déchéance prévues dans la convention (2).

Ensuite, elle peut se substituer provisoirement à l'entrepreneur ou concessionnaire par les mesures appelées « mise en régie », ou « séquestre », afin d'exécuter elle-même, à leurs frais et risques, la clause méprisée.

Le juge peut encore prononcer à sa demande des mesures plus graves telles que la résiliation de l'entreprise, ou la déchéance de la concession non prévue au contrat.

Elle peut, plus simplement, demander au juge des dommages-intérêts, puisqu'elle souffre elle-même du dommage causé au public qui ne lui est pas étranger (3).

Peut-elle, par un jugement, forcer le promettant à s'exécuter vis-à-vis du public, sinon, à verser aux intéressés des dommages-intérêts ? C'est là une question qui mérite quelques développements. D'abord, examinons ce qui se passe *en droit civil*.

(1) Voyez *supra*, p. 135.

(2) Les clauses pénales peuvent être fort énergiques : tant d'amende par jour de retard à exécuter la clause, par exemple.

(3) Voy. Tribunal de la Seine, 6 août 1886 (Journal *Le Droit*, 7 août 1886). Conseil d'Etat, 31 mai 1907. *Delplanque*.

Pour ce qui est *de l'exécution* elle-même de la stipulation, on doit remarquer que celle-ci crée une obligation de faire ; or, l'article 1142, C. civ., porte que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.

Cependant cette règle qui n'assure aux conventions qu'une imparfaite exécution (par équivalent seulement), et qui a pour raison d'être le respect de la personne et de la liberté du débiteur, ne doit prévaloir que si l'exécution forcée est matériellement impossible ou n'est possible qu'en portant atteinte à ce respect (1).

Or, ici, l'obligation de faire est souvent une obligation de donner à un autre, et l'obligation de donner est susceptible d'exécution forcée. On peut donc parfaitement concevoir que le stipulant puisse pratiquer cette coercition pour obtenir la réalisation de ce qui lui a été promis quand cette promesse était une promesse à donner à un autre.

Lorsque la stipulation n'est pas pécuniaire, d'autre part, la même coercition est admissible pour forcer le débiteur à fournir des *dommages-intérêts* aux bénéficiaires lésés.

Nous ne disons pas que ces idées sont admises en général par les jurisconsultes du droit privé : certains seulement ont été jusque-là ; nous nous bornons à dire qu'on peut les concevoir en droit civil, et nous soutiendrons ensuite qu'on doit les adopter pour les stipulations en faveur du public.

(1) Champeau, *op. cit.*, p. 130 et suivantes.

La question, relativement à ces dernières, se pose ainsi : les personnes publiques peuvent-elles poursuivre, à l'encontre de leur co-contractants l'exécution des obligations qu'ils ont assumées vis-à-vis du public, soit en les forçant à fournir au public la prestation promise elle-même, soit en les forçant à verser aux ayants droit du public des dommages-intérêts.

Autrement dit, de même qu'elles stipulent pour le public, pourraient-elles plaider pour lui.

Soutenir l'affirmative n'est-ce pas faire échec aux principes ?

Nous allons éclairer l'exposé de cette question en rapportant dans quelles circonstances elle s'est posée devant les tribunaux.

La Ville de Mons (Belgique) avait inséré dans le contrat qu'elle avait conclu avec son concessionnaire d'éclairage public et privé une clause par laquelle, si, pendant la durée de la concession, une ville belge ou française, d'une consommation égale ou inférieure à celle de la ville de Mons, venait à se procurer le gaz, par un contrat d'une durée égale ou inférieure à 40 ans, dans de meilleures conditions que la même ville de Mons, et que ces conditions aient été appliquées pendant trois ans, le concessionnaire devrait accorder à la ville de Mons et à ses habitants les mêmes conditions, avec restitution de la somme perçue en trop pendant les trois années précédentes. La condition s'étant un jour trouvée remplie, la municipalité de Mons assigna la société d'éclairage « pour être tenue d'accorder à la ville de Mons et

à ses habitants, tant pour l'éclairage privé que pour l'éclairage public, les mêmes prix et conditions accordés par telles autres villes avec restitution des sommes perçues en trop ».

Le tribunal de commerce de Mons rendit le 10 mai 1886, un jugement par lequel la ville de Mons était déclarée non recevable à exiger que restitution des sommes perçues en trop fût faite entre les mains des habitants, que si elle pouvait faire proclamer le principe même du droit des habitants, seuls les habitants eux-mêmes auraient le droit d'en réclamer individuellement l'exécution.

Cette décision fut confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation belge du 21 juillet 1888 (1) dans lequel on peut relever ces attendus :

« Attendu que loin de refuser force de loi à la convention intervenue... entre la ville de Mons et la Société défendresse... l'arrêt attaqué décide qu'en cas de contestation la ville a qualité pour faire reconnaître en principe les droits résultant pour les habitants de la dite convention, et que ceux-ci ont individuellement le droit d'exiger de la société l'exécution des stipulations faites à leur profit... Attendu que... elle a reconnu formellement la validité des stipulations... mais que, par une interprétation souveraine de ces

(1) S., 1889, 4, 9, avec le jugement du tribunal de commerce et une note de Labbé. La compétence de la Cour de Bruxelles en cette matière administrative ne doit pas étonner, puisque la Belgique ne connaît pas de juridiction administrative ; ce qui n'empêche pas d'ailleurs qu'il y ait un contentieux administratif.

stipulations elle a décidé qu'elles avaient été faites non au profit de la ville, mais exclusivement en faveur des habitants ; qu'il suit de là que ceux-ci puissent dans la Convention du 30 mars 1873, combinée avec leur contrat d'abonnement, le droit de réclamer les sommes qu'ils auraient indûment payées à la société défenderesse ; que ce droit est entré dans leur patrimoine, que seuls ils peuvent l'exercer et y renoncer, et qu'il n'appartient pas à la Ville de l'exercer en leur lieu et place... »

M. Sainctelette, l'avocat de la ville de Mons, s'est élevé vivement contre cet arrêt dans un article qui a été inséré dans la *Revue de droit international et de législation comparée* (1). Après avoir établi avec force que les contrats d'utilité publique n'obéissent pas aux règles du droit privé (2), il soutient qu'il est inadmissible que la Ville, qui peut stipuler pour ses administrés ne puisse pas plaider pour eux, pour obtenir ce qui a été convenu au contrat. Il ne lui suffit pas que la Ville puisse faire proclamer le principe de l'obligation du concessionnaire vis-à-vis des abonnés, car une pareille proclamation n'aurait point de valeur à l'égard de chaque abonné qui devrait poursuivre individuellement la restitution à laquelle il a droit. M. Sainctelette voudrait que le jugement conférât l'exécution forcée aux abonnés, quitte à eux à se faire connaître après coup. Il fournit, à l'appui de cette solution, de nombreux arguments.

(1) 1888, p. 425 et suiv.

(2) Voy. *supra*, p. 159.

M. Champeau (1), M. Saleilles (2) soutiennent la même opinion avec de légères variantes. M. Saleilles fait très justement le départ de l'action de la commune et de l'action des bénéficiaires. Voici ses expressions : « Etant valable (la stipulation), il en résulte que les droits stipulés au profit des tiers dans leur intérêt leur sont acquis directement, comme c'est la règle généralement admise en matière de stipulation pour autrui, sauf refus de leur part ; et il en résulte aussi que le stipulant, ici la commune, a l'action... Ayant action elle fera condamner le débiteur à l'exécution vis-à-vis des intéressés, et elle fera exécuter le jugement au profit de ceux des intéressés qui s'adresseront à elle pour en profiter. On voit que ce sont des droits et des actions distinctes, et qu'il faut bien se garder de dire que la commune agit comme représentant du droit privé, sinon il y y aurait chose jugée même à l'égard des particuliers, ce qui pourrait être dangereux (3) ». Nous admettons volontiers une pareille théorie très conforme à la tendance que nous suivons vers la reconnaissance d'un maximum d'effet pour la stipulation pour autrui. Nous montrerons qu'elle aboutit

(1) Champeau, *op. cit.*, p. 214.

(2) Saleilles, *Théorie de l'obligation*, n° 246, note.

(3) Labbé, dans sa note au Sirey, approuve l'arrêt de la Cour. Cependant il lui donne un sens qui donnerait satisfaction à la Ville, puisque la proclamation du principe du droit des abonnés aurait force de chose jugée vis-à-vis de chacun, de sorte que chacun n'aurait qu'à justifier d'avoir rempli les conditions de l'abonnement pour obtenir condamnation. Mais cette solution est contestable. En réalité, la proclamation d'un principe n'aurait point autorité de chose jugée. Ce qu'il faut obtenir c'est la condamnation directe de la société à payer le trop perçu aux ayants droit.

à une conclusion pratiquement souhaitable et que d'ailleurs elle ne rencontre aucun obstacle insurmontable.

Il est tout à fait conforme à l'essence même du pouvoir public qu'il puisse faire pratiquement obtenir aux administrés les avantages qu'il a stipulés en leur faveur. Gardien des intérêts du public, son rôle n'est pas seulement de lui donner des droits mais de les faire valoir aussi. Nous avons déjà dit que nous considérons comme du devoir des personnes publiques d'user des moyens de coercition que leur donnent leurs contrats pour faire exécuter les services régulièrement vis-à-vis du public. Pourquoi en serait-il autrement des actions en justice ?

Il est d'autant plus nécessaire à l'autorité publique de pouvoir faire exécuter elle-même, par autorité de justice, les clauses au profit du public, que c'est la seule façon d'arriver réellement à cette exécution (1). Si l'on admet que chaque intéressé devra intenter un procès à la société concessionnaire, ne voit-on pas que peu prendront une initiative aussi absorbante et que, en définitive, les engagements resteront inexécutés. Au surplus, voit-on cette multitude de procès individuels naître sans qu'il apparaisse aussitôt combien il serait plus simple que la clause qui a été stipulée par l'administration, et non par chacun des bénéficiaires, fût respectée grâce aux soins de l'administration, et non grâce aux

(1) Hormis, bien entendu, l'usage des clauses pénales et des procédés comminatoires. D'ailleurs, qu'on ne comprenne pas que nous rejetons l'action des bénéficiaires eux-mêmes. Nous montrerons plus tard que nous y attachons la plus grande importance.

soins des bénéficiaires. N'y a-t-il pas là comme une nécessité évidente de la pratique ? (1)

D'autre part, au point de vue juridique, n'apparaît-il pas qu'une partie peut réclamer l'exécution d'une clause contractuelle licitement arrêtée, et que le fait que cette clause concerne un tiers ne doit rien changer à l'effet de l'échange des volontés. Est-il contestable que la chose même à laquelle tient le stipulant doit lui être accordée ? sinon que devient ce principe fondamental d'après lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134 du C. civ.) ?

Le stipulant ne doit pas être forcé d'accepter un équivalent, car si l'article 1184 du Code civil donne au créancier, en cas d'inexécution, une action en résolution avec dommages-intérêts, il lui donne aussi, à condition que la nature des choses le permette, l'action en exécution.

Ces principes du Code civil sont couramment admis par le Droit administratif. Nos raisonnements conduisent donc à accorder à l'administration stipulante l'action qui lui fera obtenir l'exécution à laquelle elle tient, ou un équivalent.

(1) Cf. Sainctelette, article cité. « Il faut choisir. — Ou c'est le pouvoir public qui défendra son œuvre et alors il n'y aura qu'un procès et qu'une sentence avec force de chose jugée au profit de tout le public. — Ou c'est la guise individuelle qui défendra ce qu'elle n'a pas stipulé, expliquera ce qu'elle n'a pas compris, sera chargée de faire valoir ce dont elle ne se soucie que jusqu'à concurrence de quelques francs. — Alors chacun plaident pour soi, et nulle décision ne pouvant être opposée qu'à ceux entre qui elle aura été rendue, il devra nécessairement y avoir autant de procès qu'il y a d'individus dans le public — c'est-à-dire qu'il faudra faire en cent fois ce qui se peut faire en une fois. — Résultat absurde ».

Et si un équivalent est seul possible, ce n'est pas seulement des dommages-intérêts pour elle-même que la personne publique pourra demander, mais bien plutôt des dommages-intérêts pour les bénéficiaires, puisque c'est à eux qu'elle voulait constituer un avantage, et que c'était là justement le but de la convention.

Ces raisonnements s'imposent avec une telle évidence que pour n'être pas admis par tous, il faut qu'ils se heurtent à des objections bien puissantes !

On en a fait valoir plusieurs, mais aucune ne nous paraît insurmontable.

L'administration, dit-on tout d'abord, viendra donc plaider pour les administrés alors que c'est un principe que « nul, en France, ne plaide par procureur ? » A quoi on peut répondre que cette règle n'a pas à s'appliquer ici, l'autorité publique plaident en son propre nom pour obtenir l'exécution d'une obligation contractée, pour le public, mais vis-à-vis d'elle (1).

(1) Voy. Champeau, *op. cit.*, p. 214. M. Sainctelette ne conteste pas que la ville de Mons fut le procureur des abonnés, mais il fait remarquer que les personnes publiques ont justement le privilège de déroger au principe. Labbé dans sa note au Sirey n'estime pas non plus que le principe soit violé dans l'occurrence. Il admet que la commune représente l'ensemble de ses membres, et même une catégorie de ses membres, par exemple les abonnés, quand cette catégorie est considérable, ouverte à tous, et quand il est véritablement d'intérêt général de la satisfaire. — M. Lambert nie tout lien de droit entre la commune et les abonnés et par conséquent le pouvoir, pour la commune, de les représenter en justice. — Pour nous, nous affirmons qu'il y a une sorte de représentation des administrés par l'administration, mais cette notion n'est pas indispensable ici, et on peut voir au texte que nous écartons facilement l'objection par un autre raisonnement.

« Pas d'intérêt, pas d'action », pourrait-on opposer encore à l'administration. Mais est-il besoin de redire que les personnes publiques ont intérêt à ce que les droits du public soient protégés, puisque c'est leur fonction même d'assurer cette protection ?

Enfin, c'est là le plus grave argument contre notre opinion, on invoque l'adage *invito beneficium non datur*, « nul n'est forcé d'accepter un bénéfice ». M. Lambert repousse toute prétention contraire à ce principe fondamental. Si nous passons outre, c'est que cette règle, peut-être nécessaire en droit privé, ne s'impose pas en droit public, sinon en ce qu'elle a de conforme à l'intérêt général. Sans doute on ne pourra pas donner un avantage à des individus malgré eux, de force ; mais refuser sous ce prétexte de faire obtenir pratiquement cet avantage à tous les intéressés qui voudront librement l'accepter (et qui y fera des difficultés ?) en se présentant après le jugement muni de leurs titres c'est aller trop loin et méconnaître la tâche de l'administration qui, *d'une façon constante, confère des bénéfices aux individus sans les consulter !* (1)

Il n'y a donc pas d'empêchement juridique à ce que la commune actionne son co-contractant, devant le juge du

(1) M. Lambert signale un danger qui n'existe pas. A raisonner ainsi, dit-il, on admettra que les syndicats professionnels puissent faire valoir les droits particuliers de chaque syndiqué, alors que la jurisprudence ne les admet à faire valoir que des intérêts généraux et collectifs. Nous répondrons que les communes ont une mission beaucoup plus étendue et générale que les syndicats, personnes morales que la législation n'a pas créées sans méfiance.

contrat, en exécution de ses stipulations pécuniaires en faveur du public. Il n'y a pas davantage d'empêchement pratique de procédure. La commune n'est pas tenue de nommer les bénéficiaires : il suffit qu'elle fasse respecter leur droit en les désignant par leur qualité (d'abonné, par exemple). Quitte à chaque membre de cette collectivité à se présenter ensuite en justifiant de sa situation (1).

Nous sommes ainsi conduits à adopter une solution sans doute hardie, mais qui seule permet de dénouer le problème.

Nous avons vu que dans l'arrêt de la Cour de Bruxelles, relatif à la ville de Mons, ces idées n'avaient pas prévalu. La Cour a fait une cote mal taillée en admettant la commune à faire proclamer en principe le droit des habitants, solution singulière et stérile, puisque les habitants n'en pouvaient profiter qu'en faisant un procès à leur tour à leurs risques et périls.

Un système analogue a été suivi par le Tribunal de Commerce de la Seine, le 4 février 1892 (2), dans une affaire qui se présentait de la façon suivante : la Chambre syndicale des employés de la Compagnie générale des omnibus et cette Compagnie s'étaient entendues pour que la durée de la journée de travail fût de 12 heures ; ce chiffre n'ayant pas été respecté, le syndicat actionna la Compagnie : 1° pour faire exécuter la convention ; 2° pour faire verser à chaque

(1) M. Saintelette fournit beaucoup d'exemples de procédures semblables employées couramment.

(2) *Revue de droit commercial* de Constant, 1892, 2, 205.

employé le prix des heures supplémentaires par lui faites. Le Tribunal de Commerce lui donna gain de cause sur la première demande en condamnant la Compagnie générale des omnibus à observer le contrat, sous la menace d'une astreinte de 100 francs par jour de retard, mais rejeta la deuxième demande. Il y a entre ce jugement et l'arrêt de la Cour belge une ressemblance certaine.

En sens contraire, d'autres arrêts ont admis le droit de l'administration stipulante à exiger l'exécution de la clause au profit des tiers. M. Saintelette a fait valoir devant la Cour de Bruxelles un arrêt de cette Cour qui constituait un précédent tout à fait favorable à sa cause : l'Etat belge, dans un contrat de hâlage avait stipulé au profit des bateliers. A la liquidation de l'entreprise, il réclama le paiement par privilège au profit des bateliers sur les valeurs encore entre ses mains à titre de cautionnement. On lui opposa le brocard que nul ne plaide par procureur, et le défaut d'intérêt. La Cour de Gand donna raison à l'Etat par les motifs suivants : « Attendu que l'Etat a une action pour faire reconnaître ce privilège parce qu'il est une des conditions du contrat d'utilité publique... dans l'intérêt des bateliers ; qu'il est évident qu'ils n'en resteront pas moins libres d'invoquer ou d'abandonner ce privilège que l'Etat aura fait constater judiciairement en leur faveur ». Et la Cour suprême statua dans le même sens (1).

(1) V. Saintelette, article cité, et l'arrêt de la ville de Mons dans le Sirey : le précédent dont nous parlons est cité dans les moyens.

Quoi qu'il en soit de ces précédents, ils ne sont ni assez nombreux ni surtout d'une doctrine assez nette pour faire autorité contre la théorie que nous avons exposée. Ceux même qui y sont opposés le plus, n'y sont opposés qu'à demi. Et nous sommes persuadés que si la juridiction administrative a à résoudre la question, puisqu'elle entre dans sa compétence, elle n'hésitera pas à le faire dans le sens que nous préconisons, les difficultés purement théoriques tirées du droit privé ne devant pas être un obstacle à l'exécution de la mission de l'administration qui est de veiller utilement aux intérêts du public (1).

(1) Il y a naturellement des cas où il est absolument impossible pour la personne publique de forcer son co-contractant à verser des dommages-intérêts ou des trop-perçus aux particuliers parce que la collectivité des bénéficiaires qui ont souffert de l'inexécution de la stipulation est indéterminée et indéterminable. C'est ainsi que dans une affaire que le Tribunal de la Seine a eu à juger le 6 août 1886 (Journal, *Le Droit* du 7 août 1886) la Ville de Paris actionnant la Cie générale des omnibus à cause du mépris d'un horaire dommageable à toute une partie de la population, n'a demandé et obtenu de dommages-intérêts que pour elle-même. En effet, comment aurait-on pu désigner les personnes qui avaient souffert des retards, dans une ville où les transports sont aussi complexes qu'à Paris, et chiffrer le dommage ! La Ville a mieux fait en demandant pour elle-même une réparation ; elle le pouvait, car, comme administration, elle stipulait pour elle-même en stipulant pour ses administrés. Comme le fait remarquer Labbé qui approuve cet arrêt (note sous arrêt de Mons), il pouvait être convenable pour la ville d'employer la somme obtenue en travaux de viabilité dans les quartiers des lignes mal desservies, mais cela n'étant pas susceptible d'une définition précise, la justice n'avait pas à s'en occuper. En de semblables cas, à défaut de dommages-intérêts versés aux personnes lésées, la Ville peut tout au moins exiger l'exécution à l'avenir de la stipulation.

CHAPITRE II

RAPPORTS ENTRE LE PROMETTANT ET LES BÉNÉFICIAIRES

SECTION I

Du droit du public.

§ 1. — *Valeur de l'intervention administrative.*

Maintenant que nous avons établi que l'Administration, ayant stipulé pour le public a le droit d'exiger du promettant l'accomplissement de ses engagements, demandons-nous si les garanties d'exécution doivent s'arrêter là.

Il faut reconnaître que la vigilance de l'Administration empêchera très souvent les entrepreneurs ou concessionnaires de services publics de manquer à leurs promesses. L'Administration a des pouvoirs d'une très grande efficacité pour les forcer au respect des contrats. Par la menace et l'emploi de clauses pénales, par la menace de la déchéance elle peut sans retard, et avant même toute procédure, leur imposer sa volonté.

Son intervention a cet avantage, que nous avons signalé

dans le chapitre précédent, d'avoir des effets beaucoup plus étendus que celle de tout autre. Elle peut en effet obtenir, par une seule décision, l'exécution des clauses à l'égard de tous les bénéficiaires et dans tous les cas où elles doivent s'appliquer.

En un mot, organe même de la collectivité, elle assure à tous ses membres, par un seul acte, une prompte et complète satisfaction.

Il semble que cela suffise, et que le public n'ait qu'à s'en remettre aux soins d'une aussi bienveillante et puissante protectrice.

Mais avant d'en décider ainsi, pénétrons plus avant dans la réalité des choses.

Nous constatons tout de suite que l'Administration a une prédisposition à l'inertie, au laisser-aller, qui crée chez elle une sorte d'ankylose. Quand elle y résiste, c'est le plus fréquemment pour sauvegarder les finances publiques, dont l'emploi n'est permis que dans des conditions très serrées et sous un contrôle très effectif, ou bien pour assurer le bon ordre du service considéré comme résidant dans l'observation de formalités minutieuses. Quant au public, il peut arriver qu'elle oublie son importance ; loin de croire qu'elle est faite pour le servir, elle peut se croire un organisme qui se suffit à soi-même, et le traiter en intrus.

Elle peut être d'autant plus poussée à agir ainsi qu'elle peut y avoir intérêt. Souvent en effet, il existe entre les concessionnaires de services publics et les personnes publiques une association financière comportant par exemple

une garantie d'intérêts ou un partage de bénéfices. Or, les avantages consentis au profit du public sont une cause de dépense pour le service, par conséquent peuvent augmenter les avances à faire ou diminuer les gains à partager par les personnes publiques.

Qu'elle soit ou non financièrement intéressée dans l'affaire, l'Administration pourra d'ailleurs hésiter à se servir de ses pouvoirs. L'usage des clauses pénales, de la déchéance, etc... sont des mesures qu'elle peut considérer comme inopportunes, comme susceptibles de nuire à la bonne marche du service, comme d'une gravité disproportionnée à la faute. Il en est de même des actions en justice.

Elle a pourtant pensé au bien du public en stipulant, dira-t-on ; pourquoi cette inertie ne lui viendrait-elle que pour l'application ? — C'est que son rôle de gardienne des intérêts du public a pu lui apparaître clairement au moment même de la signature d'un contrat fait précisément pour satisfaire des besoins généraux du public, mais cette évidence a pu s'effacer au cours de l'application dont elle s'est quelque peu désintéressée.

D'autre part, remarquons que si on peut affirmer que l'Administration a le devoir de veiller à l'application des contrats, ce devoir n'a pas été jusqu'à présent sanctionné (1). L'usage de tous les moyens qui sont à sa disposition dans ce but, reste donc soumis à sa seule appréciation, est donc pour elle une pure faculté.

(1) Voy. *infra*, p. 258 et suiv.

De sorte que l'Administration n'ayant guère d'empressement à agir, et, d'autre part, n'en ayant point l'obligation, son activité nous paraît pratiquement impuissante pour assurer le respect des droits du public.

Nous venons de dire « les droits du public » et rien qu'en prononçant ces mots, nous avons indiqué le remède qui existe à la négligence de l'Administration : si le public a des droits, en effet, il se chargera de les faire valoir lui-même.

Les droits du public existent-ils donc ? Nous soutiendrons l'affirmative.

§ 2. — *Critique de diverses théories sur le droit du public.*

La question du droit du public sur les services concédés a été examinée par plusieurs auteurs et résolue dans des sens différents.

Les auteurs civilistes dont nous avons eu à faire connaître déjà les opinions, MM. Lambert, Champeau, Saleilles, Planiol, tiennent que ce droit résulte purement et simplement des stipulations pour le public faites dans le contrat de concession et appliquent les règles de la stipulation pour autrui sur lesquelles nous n'avons pas à revenir. M. Sainctelette qui s'éloigne le plus du droit civil veut faire reconnaître le droit de l'Administration mais ne nie nullement le droit du public bénéficiaire.

Très récemment, à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du

21 décembre 1906 (*syndicat du quartier Croix de Seguey-Tivoli*) deux auteurs éminents de droit administratif, M. Duguit (1) et M. Hauriou (2), ont manifesté une opinion toute différente (3).

M. Duguit, après avoir démontré, de la manière que nous avons exposée et combattue précédemment (4), que les cahiers des charges ne sont nullement des contrats, mais des « lois au sens matériel » qui organisent des services publics, de sorte qu'il n'y a aucune différence au point de vue du public entre un service exécuté en régie et un service concédé, examinant quel droit pourrait avoir le public sur ces services, distingue nettement deux sens qu'on pourrait attacher au mot droit.

« Si par droit on entend, dit-il, le pouvoir appartenant à une personne d'exiger d'une autre l'exécution d'une prestation concrète, sous une sanction pénale, dans les pays modernes par une action en justice, le particulier n'a certainement pas un droit au fonctionnement des services publics. Il n'a point le pouvoir d'exiger des gouvernants par une action en justice l'organisation d'un service public, et, ce service étant organisé, l'accomplissement des prestations concrètes qu'il implique. »

(1) Duguit, *Revue du Droit public*, 1907, p. 411 et suiv.

(2) Hauriou, note au Sirey, 1907,3,33.

(3) M. Romieu, commissaire du Gouvernement semble au contraire admettre l'assimilation avec la stipulation pour autrui. V. p. 204 note.

(4) Voy. *supra*, p. 125 à propos de la nature juridique des stipulations pour le public.

A ce principe, néanmoins, M. Duguit fait une exception. Quand, en effet, l'individu « par un acte volontaire fait conformément à la loi du service, est entré en relation juridique avec l'exploitant du service », il est dans une certaine situation juridique qui lui permet d'exiger la prestation concrète qui fait l'objet du service (1). Autrement dit, dans le langage courant, quand le particulier est lié à l'exploitant par un contrat individuel (abonnement à l'eau, au gaz, achat d'un ticket) il peut en demander au juge la sanction. Cela est universellement admis, dit M. Duguit, et le juge, c'est le tribunal civil (2).

Mais si l'on entend par droit « le pouvoir qui appartient à tout individu d'agir librement dans les limites de la loi, de vouloir avec un effet juridique quand sa déclaration de volonté a un objet et un but conforme à la loi, on peut dire assurément qu'à l'égard des services publics le particulier a un droit. *Il est à l'égard de la loi qui crée et organise un service public dans la situation où il est à l'égard de toute loi...* Si les agents publics violent la loi du service public, le particulier aura les pouvoirs qui lui appartiennent toutes les fois que les agents publics violent une loi ; il peut, suivant les cas et suivant le caractère de l'acte, provoquer une répression, obtenir une réparation, faire prononcer une

(1) « Le particulier, par exemple, qui a voulu, conformément à la loi du service des postes, que l'Etat lui transporte une lettre, est devenu créancier de cette prestation et doit avoir une action en justice pour en assurer l'accomplissement ». Duguit, *art. cit.*, p. 424.

(2) Il prend comme preuve le contentieux des tarifs.

annulation ». Autrement dit, si, sans avoir fait un contrat individuel avec le service (auquel cas il jouirait de la situation définie à l'alinéa précédent), le particulier est victime d'une violation du texte organique du service, soit que le service lui ait été refusé, soit qu'il n'ait pas été organisé, alors, sans pouvoir obtenir une prestation concrète il pourra obtenir à l'encontre de l'administration une répression, une réparation ou une annulation.

La situation des particuliers en face de la violation du cahier des charges est la même qu'en face d'une violation d'une loi quelconque. Les voies de droit sont les suivantes : s'il y a dommage appréciable en argent, le particulier en demandera réparation à l'autorité judiciaire qui, pouvant toujours interpréter les lois et règlements dont ils ont à faire l'application, pourront interpréter le cahier des charges qui a justement le caractère d'une loi. Tout au plus pourrait-on admettre en ce cas le renvoi d'une question préjudicielle, par condescendance pour une théorie surannée mais généralement admise.

En dehors de cette réparation le particulier ne peut obtenir qu'une annulation de l'acte contraire à la loi du service. Et pourquoi ne peut-il pas obtenir condamnation à une prestation concrète ? — Parce qu'il n'en existe aucune obligation de l'exploitant à l'égard des particuliers « tant qu'un acte juridique déterminé n'est pas intervenu entre eux » (1). N'y ayant donc aucune « situation juridique subjective »

(1) P. 443.

entre concessionnaire et particuliers, il n'y a lieu qu'à un « contentieux objectif » contre l'acte illégal, dont la mise en jeu est à la portée des intéressés sous la forme du recours pour excès de pouvoir.

Si un acte spontané de l'autorité administrative a prescrit ou autorisé une violation de la loi du service, l'usager lésé en demande l'annulation (arrêt du Conseil d'Etat du 4 février 1903, *Storch*). Si le concessionnaire viole les dispositions du cahier des charges et si l'autorité administrative n'intervient pas, « le particulier peut évidemment provoquer son intervention, tout particulier pouvant demander à l'autorité administrative d'intervenir pour assurer l'application de la loi. Si l'autorité refuse (expressément ou par un silence de quatre mois) d'imposer au concessionnaire l'application de son cahier des charges, elle viole la loi du service public et le particulier peut attaquer par le recours pour excès de pouvoir cette décision ». M. Duguit ajoute : « Ces solutions ont été tout au moins implicitement admises et par le commissaire du gouvernement et par le Conseil d'Etat dans l'affaire du syndicat Croix de Seguey-Tivoli », avec certaines réserves et hésitations, il est vrai.

Nous avons tenu à exposer l'ensemble de la théorie de M. Duguit. Nous reviendrons ultérieurement sur l'efficacité du recours pour excès de pouvoir en matière de stipulations pour le public et nous montrerons que cette doctrine de l'obligation pour l'administration d'intervenir pour assurer l'application de la loi, en l'occurrence, d'un cahier des charges est impossible à établir et n'est pas consacrée par

la jurisprudence. D'autre part, nous avons déjà combattu l'idée suivant laquelle le cahier des charges est une loi, et nous n'y revenons pas (1).

Pour le moment nous objectons à M. Duguit qu'il n'est nullement nécessaire pour qu'il y ait entre le concessionnaire et les particuliers « une situation juridique subjective » que les particuliers fassent un acte de volonté conforme à la loi du service, c'est-à-dire passent avec lui un contrat individuel, mais qu'il suffit qu'un droit soit directement créé en faveur des particuliers et à l'encontre du service par la stipulation pour le public, et que dès lors un lien juridique unissant le service et les particuliers, rien n'empêche que ceux-ci soient créanciers vis-à-vis de celui-là d'une prestation concrète. Nous y insisterons bientôt.

Et le droit du public à la prestation concrète doit d'autant mieux être admis que le droit à l'observation du cahier des charges n'est pas sanctionné par le recours pour excès de pouvoir, comme il vient d'être dit à charge d'une preuve ultérieure.

Le système que M. Hauriou développe dans sa note sous l'arrêt du 21 décembre 1906 (syndicat du quartier Croix de Seguey-Tivoli) (2) part des mêmes prémisses et aboutit à peu près aux mêmes conclusions que celui de M. Duguit, mais emprunte entre les deux points extrêmes un chemin différent.

(1) V. *supra*, p. 124 et suiv.

(2) S. 1907, 3, 33.

En effet, M. Hauriou est partisan du caractère réglementaire des cahiers des charges, ou du moins de cette partie de ces cahiers qui organisent les services publics. Comme nous avons eu l'occasion de le dire précédemment, il affirme expressément ce caractère dans son *Précis de Droit administratif*. Il ne pense pas que la situation du public puisse varier selon que, pour des raisons de pratique administrative, on ait admis le système de la régie ou celui de la concession. Dans les deux cas la nature du service public est la même (1).

Etant donc donné un service public fonctionnant d'après un cahier des charges qui est un texte de caractère législatif ou réglementaire, si un usager se trouve lésé par une inexécution du cahier des charges, M. Hauriou refuse de lui accorder (2), une action judiciaire directe en dehors de tout fait actuel basé simplement sur le droit qu'auraient les membres du public au respect du cahier des charges, parce qu'on n'aperçoit pas de lien juridique entre les habitants et le concessionnaire.

A l'encontre de M. Duguit, M. Hauriou refuse même d'accorder une action devant les tribunaux judiciaires dans le cas où l'usager a fait avec le concessionnaire un contrat individuel, un « contrat de guichet », car ces contrats peuvent être la base de procès devant l'autorité judiciaire pour l'exploitation du service, alors que l'exécution du

(1) Note citée.

(2) Il dit du moins que c'est très risqué et le sens général de sa note est à la négative.

cahier des charges est une question d'organisation spécialement administrative. C'est pourquoi il approuve l'arrêt *Adenis* (1).

Reste le recours pour excès de pouvoir pour violation de la loi. M. Hauriou l'accorde à l'usager qui se plaint de la violation du règlement du service public. Mais, pour arguer de la violation de la loi, il faut, d'après la jurisprudence, se plaindre aussi du mépris d'un droit. L'usager a-t-il donc *un droit* au bénéfice des services publics ?

M. Hauriou l'admet. Faisant à grands traits la théorie du recours pour excès de pouvoir, il fait remarquer que les trois moyens possibles du recours, l'incompétence, le vice de forme, le détournement de pouvoir, ne visent nullement des atteintes à la loi, mais des atteintes à une discipline intérieure de l'administration et donnent ouverture au recours à tous ceux qui justifient d'un intérêt légitime, alors que un droit violé est au contraire une condition indispensable de recours pour violation de la loi, car « dans le système juridique ordinaire les idées de droit et de loi sont associées » (2). Et comme il suivrait de cette affirmation que le secours pour violation de la loi ne serait point ouvert

(1) Voy. *supra*, p. 155. M. Hauriou semble ici faire la même distinction que nous entre les procès sur l'application individuelle du service (exploitation) et ceux qui visent l'exécution d'une clause du cahier des charges (organisation).

(2) Autrement dit, par suite de cette association que M. Hauriou ne fait que constater, un droit est nécessaire pour faire redresser une violation de la loi, tandis qu'un simple intérêt est suffisant pour faire redresser une violation de la discipline intérieure de l'administration.

à l'usager, puisqu'il n'apparaît point qu'il ait le droit violé nécessaire (1) mais qu'il ait seulement un intérêt légitime lésé, M. Hauriou ajoute aussitôt : Cet intérêt légitime est devenu un droit par suite d'une évolution nécessaire : « le temps qui estompe tout et rapproche tout, doit nécessairement amener une simplification. Fatalement le simple intérêt qui rend le recours pour excès de pouvoir recevable dans les trois premières ouvertures, et le droit acquis qui le rend recevable dans la quatrième, doivent se rejoindre, et il est à prévoir que l'avantage qui, dans les trois premières ouvertures, est considéré comme un simple intérêt parce que cela est suffisant, sera considéré comme un droit dans la quatrième parce que cela est nécessaire, mais ce sera au fond le même intérêt ». Un pas décisif dans la voie de cette assimilation, ajoute M. Hauriou, a été fait par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 21 décembre 1906 (Syndicat du quartier Croix de Seguey-Tivoli), puisque le syndicat des propriétaires d'un quartier a été admis à critiquer le refus d'un Préfet de redresser une violation du cahier des charges, c'est-à-dire une violation de la loi.

M. Hauriou analyse alors la notion du droit des usagers du service public.

Ce droit tout d'abord est de nature administrative et relève à ce titre de la juridiction administrative. C'est pourquoi l'arrêt *Adenis* doit être approuvé.

(1) Le règlement du service, en effet, ne lui confère aucun droit, d'après M. Hauriou.

Ce droit, d'autre part, « a pour objet essentiel la conservation des situations acquises, telles qu'elles résultent de décisions administratives antérieures ». « Les administrés n'ont aucun droit à réclamer des services dont l'organisation n'a pas été décidée par l'administration : le refus opposé par l'autorité administrative à des réclamations de ce genre ne sera sûrement pas annulé pour excès de pouvoir », et, « même si la création d'un service nouveau a été décidée en principe mais n'a pas été réalisée en fait, il ne semble pas que les administrés soient recevables à réclamer par la voie contentieuse l'organisation de fait du service pour laquelle se pose une question d'opportunité entièrement laissée à la discrétion de l'administration active. La situation acquise qui seule crée l'intérêt légitime de l'administré est donc à la fois de droit et de fait, elle suppose une décision exécutoire exécutée et dont l'exécution ait procuré un bénéfice. C'est à la conservation de ce bénéfice que l'administré a un intérêt ou un droit. Dans la matière de l'organisation des services le Droit administratif n'a jamais été plus loin » ; sans doute en matière de droits individuels dont l'exercice est subordonné à une autorisation administrative, comme le droit de bâtir au bord de la voie publique, l'administration se trouve souvent tenue de conférer des bénéfices nouveaux, mais dans l'organisation de ses services sa seule obligation est de conserver les situations acquises.

Enfin, le Droit du public se sanctionne, comme il a été dit plus haut par le recours pour excès de pouvoir et quand

l'inexécution du service public a entraîné un dommage saisissable, un contentieux de pleine juridiction peut s'ouvrir en vue de l'obtention d'une indemnité.

Tel est le système de M. Hauriou. On voit qu'il peut se résumer en quelques propositions simples telles que les suivantes :

1° Il n'y a pas de différence au point de vue du public, entre le service public exécuté en régie et le service public concédé. Les textes qui régissent l'une et l'autre situation sont des textes législatifs ou réglementaires ;

2° Le public peut attaquer tout acte contraire à ces textes par le recours pour excès de pouvoir pour violation de la loi, la condition du droit violé étant remplie par l'existence équivalente d'un intérêt légitime lésé ;

3° Pour que cet intérêt légitime, ou droit, existe, il faut qu'il ait pour objet une situation de fait acquise.

Cette théorie ne nous semble pas satisfaisante. Sa cohésion implique une violence faite à des principes de droit positif. Elle n'exprime pas la réalité. Les arguments que nous développerons contre elle seront souvent les mêmes que ceux que nous avons opposés à celle de M. Duguit précédemment exposée.

Tout d'abord nous avons déjà affirmé que dans le service concédé, il y avait situation contractuelle, et non législative ou réglementaire, et on ne voit pas pourquoi on refuserait de voir un contrat là où il apparaît de la façon la plus patente, dans le but d'obtenir une identité d'effets entre deux modes d'exécution de service public, identité qui est

un postulat inutile. Si des principes juridiques certains permettent de reconnaître un droit du public résultant du fait même de la promesse des concessionnaires vis-à-vis du concédant, pourquoi y renoncerait-on sous le prétexte que par le système de la régie un pareil droit n'est pas créé ?

Non seulement il n'est pas de bonne raison pour affirmer une unité qui ne profite qu'aux théories, mais encore il en est de très fortes pour affirmer qu'elle n'existe pas.

En effet, dans un service en régie, le public peut user du recours pour excès de pouvoir pour faire annuler toute décision contraire aux textes législatifs ou réglementaires qui régissent le service. Cette arme, contrairement à ce qu'affirme M. Hauriou, nous disons qu'elle n'appartient point au public en cas de service concédé. Nous établirons plus tard, en effet, que si on peut attaquer les actes positifs de l'administration autorisant le concessionnaire à des violations du contrat, par cette heureuse circonstance qu'en faisant annuler l'autorisation on met obstacle à l'acte du concessionnaire qui ne saurait s'en passer, *on ne peut au contraire critiquer le refus de l'administration de forcer son concessionnaire au respect de ses engagements, ou du moins on ne le peut que si ce refus est motivé en droit d'une façon erronée*, et que, quand on le peut, cette procédure ne mène pas à grand résultat. Dans l'état actuel du droit positif administratif on ne peut échapper à ces affirmations.

Puisque la situation du public n'est pas la même, pour l'usage du recours pour excès de pouvoir, en face du service concédé et en face du service directement exploité, pourquoi voudrait-on qu'elle fût la même en ce qui concerne l'absence d'un recours direct tendant à l'accomplissement du service dans les conditions du cahier des charges et indépendamment de toute situation de fait acquise ?

Si par le mécanisme de la stipulation pour le public, on peut expliquer la naissance d'un droit direct à exiger la prestation promise on ne doit pas la rejeter au nom d'une similitude qui fait défaut quand il s'agit du recours pour excès de pouvoir.

L'introduction d'un intermédiaire entre l'administration et le public, qui suffit bien pour qu'une voie de droit soit fermée au public, ne peut-elle point suffire pour qu'une nouvelle lui soit ouverte ?

Encore, si l'impossibilité pour le public d'obtenir du service public exécuté en régie la prestation même que définissent les textes réglementaires, était une condition essentielle dérivant des principes dominants des services publics en général, on pourrait en tirer conclusion pour les services concédés, mais il n'en est rien. Même dans le cas de service en régie il n'est nullement établi que le public ne puisse pas obtenir, par un développement des recours, la prestation même qui est prévue par les règlements, en dehors de toute situation de fait acquise. M. Hauriou dit que le droit administratif, qui a été jusque-là pour l'exercice des droit

individuels soumis à autorisation, n'a pas été jusque-là dans la matière de l'organisation des services publics. Mais qui dit qu'il n'y arrivera pas un jour ou l'autre ? M. Hauriou note la tendance à l'assimilation entre l'intérêt légitime et le droit ; pourquoi n'aurait-on pas un intérêt légitime à profiter d'un texte qui n'a pas encore été mis à exécution, et par conséquent un droit à en obtenir le bénéfice ? Cette idée de la situation de fait acquise n'est pas une borne définitive.

Si M. Hauriou refuse de reconnaître au public un droit à réclamer la prestation concrète qui fait l'objet du service, c'est, dit-il, parce qu' « on n'aperçoit pas le lien juridique entre les habitants et le concessionnaire ». Nous croyons pourtant que ce lien est facile à apercevoir sous la forme d'une stipulation pour le public.

M. Hauriou ne veut pas utiliser l'idée que fait le fondement de la théorie de la stipulation pour autrui en droit civil. A notre avis, c'est trop mépriser un instrument de progrès juridique aussi fécond, et nous n'adhérons pas à son système qui, sans nécessité, désarme le public usager des services publics.

§ 3. — *Le droit du public prend sa source dans la stipulation pour le public.*

Le droit du public à l'exécution des clauses du cahier des charges qui lui créent des bénéfices, nié par les au-

teurs que nous nous sommes efforcés de réfuter, peut-il être affirmé comme résultant directement de ces clauses elles-mêmes, par un mécanisme identique à celui qui crée un droit au bénéficiaire d'une stipulation pour autrui du droit civil ? Nous le croyons avec, il nous semble, la majorité des auteurs, et quelques arrêts de jurisprudence.

Quel que soit le système admis par les juristes qui ont discuté sur la stipulation pour autrui, celui de l'offre ou celui de la gestion d'affaires, celui de la naissance directe du droit ou celui de l'engagement unilatéral, ils ont à l'unanimité admis que quand une personne a stipulé pour une autre, un droit naît dans le patrimoine de cette dernière. Si une telle solution est universellement acceptée, quoique sa justification soit théoriquement très controversée, c'est sans doute qu'elle répond à une véritable nécessité des choses.

Nous avons déjà vu, dans la première partie de cette étude, appliquer le principe aux stipulations en faveur des ouvriers ou autres personnes dans les contrats administratifs. Nous avons même vu que les tribunaux admettaient sans difficulté à réclamer le bénéfice de la stipulation les membres des collectivités indéterminées mais à chaque instant déterminables, au profit de qui la clause était rédigée.

Or, les raisons qui existent pour faire adopter ces règles en droit privé en dictent de semblables en droit administratif.

Tandis que dans le système de la régie la naissance

d'un droit du public à la prestation même du service est encore un but à atteindre par la voie du recours pour excès de pouvoir (car ce n'est que progressivement que ce recours se développera jusqu'à la création d'un véritable droit à l'observation active des lois et règlements), ce but est atteint directement dans le système de la concession par le fait d'une stipulation en faveur des administrés.

Comme nous l'avons montré, la stipulation administrative pour le public n'est pas proprement une stipulation pour autrui, car il existe un lien de droit entre l'administration et les administrés. L'administration stipule à la fois pour elle-même, car elle est intéressée à remplir sa mission, et pour le public, car c'est pour lui fournir des avantages qu'elle existe. Dans une semblable situation la naissance d'un droit au profit des bénéficiaires est, non pas aussi facile, mais plus facile à expliquer que dans la matière de la stipulation pour autrui en droit civil.

Une objection cependant est possible, qu'il nous faut combattre ; c'est celle qui consisterait à dire : « L'administration seule capable de stipuler pour le public, est seule capable de veiller à l'exécution des stipulations, et c'est ainsi qu'elle a le monopole de la gestion des intérêts du public ; d'ailleurs, il est admis en droit civil que le droit du bénéficiaire n'existe que quand le stipulant a bien eu l'intention de le lui donner, et n'a pas simplement stipulé pour lui-même, et cela conduit à nier le droit du public en notre matière, *car l'administration n'a stipulé que comme organe du public, sans aucune idée de donner un droit à*

un public qui n'a de voix et d'activité que par son intermédiaire, dont les intérêts lui sont confiés par les lois d'organisation de la société, sans qu'elle ait l'obligation de le consulter ni pour la création ni pour le contrôle des services qu'elle établit en sa faveur. »

Nous ne contestons pas que ce raisonnement ait une certaine force. Mais nous allons montrer qu'il ne suffit pas pour faire écarter le droit du public qui a pour lui d'excellentes raisons théoriques et pratiques.

A l'affirmation que l'administration est seule capable de stipuler et de même seule capable de veiller à l'exécution des stipulations, nous répondons que, en fait, si la première proposition est exacte et s'impose par l'évidence, son admission n'entraîne pas celle de la seconde qui ne repose sur aucune impossibilité pratique. Qui, en effet, pourrait stipuler pour le public ? Personne autre que l'organe du public qui seul peut se trouver en situation d'organiser des services publics et de donner des avantages à un grand nombre d'individus indéterminés. Mais une fois la clause signée, qui peut veiller à son respect ? L'administration d'abord, mais aussi chaque individu déterminé qui, entrant personnellement en rapport avec le service, n'a pas à s'occuper du public mais de lui-même, des obligations que le promettant a vis-à-vis de lui, affaire pour laquelle il est parfaitement qualifié et capable. La naissance d'un droit personnel, que précisément nous voulons faire accepter, résout aisément la difficulté.

Mais est-il vrai du moins qu'il y ait un obstacle juridique

à la reconnaissance d'un droit au public dans l'absence de l'intention d'en créer un dans les actes de l'administration?

Nous répondons qu'il est difficile de connaître l'intention de l'administration. Elle n'apparaît, on peut dire, jamais, et il faut la présumer en harmonie avec son activité générale.

Or, l'administration dans tous les domaines semble avoir précisément pour fonction de créer des droits au profit des individus. C'est ce que dit M. Hauriou sous une autre forme dans la préface de la sixième édition de son *Précis* quand il représente le régime administratif moderne comme une source de *biens* pour chacun (1) Tous les textes qui émanent de l'administration obligent le public et lui profitent. L'Etat organise-t-il un service public en régie? Aussitôt il crée des droits de créance sur le traitement, des droits à l'avancement, des droits à certaines procédures imposées à l'exercice du pouvoir disciplinaire, des droits au respect des conditions d'admission aux emplois. Le public usager par le recours pour excès de pouvoir exerce un droit à la régularité de toutes les opérations du service, comme d'ailleurs tout citoyen peut faire valoir par le même moyen, et par suite d'une évolution de jurisprudence qui n'est pas encore terminée, un droit général à l'observation des lois et règlements qui l'intéressent (capacité des fonctionnaires auxquels il a affaire, exacte application des textes, etc.).

Si donc l'administration crée des droits quand elle gère

(1) *Précis*, 6^e édition, 1907. *Préface*, p. 6.

directement les intérêts communs, par quelle bizarrerie n'en créerait-elle aucun quand elle confère la gestion d'un service à des co-contractants ?

La seule différence entre le système de la concession et le système de la régie à ce point de vue est que dans le premier l'existence d'un contrat empêche que le concédant crée des droits contre soi-même, droits garantis par la procédure de l'excès de pouvoir, et implique la création de droits à l'encontre du concessionnaire, droits garantis par une autre procédure que celle de l'excès de pouvoir, car le concessionnaire n'est point une personne publique.

Ajoutons que pour partie la question est déjà tranchée : il est nécessairement et universellement admis que les tarifs confèrent des droits au public. Ces droits ne proviennent point des contrats individuels, car tout usager a droit à l'application du tarif indépendamment de tout accord de volonté quel qu'il soit, et par le seul fait de la stipulation à son profit qu'il comporte. Si on nie le droit du public en général, pourrait-on l'admettre en ce cas ?

Admettons donc comme juridiquement établi le droit du public. Comme nous avons déjà montré, d'autre part, qu'il est souhaitable que le public en puisse faire usage en face de la négligence, en fait fréquente, de l'administration, il ne nous reste plus qu'à conclure à son adoption et à en tirer les conséquences.

§ 4. — *Titulaires du droit.*

Le public a donc un droit. Mais qui en réalité en est le titulaire ? Le public n'est pas une personne capable d'agir ; il agit par ses organes, à savoir par les administrations ; sont-ce donc ces dernières qui auront à faire respecter le droit du public ?

Si nous aboutissons à cette conclusion, ce n'était pas la peine de faire tous les raisonnements qui précèdent !

Mais cette conclusion serait erronée. L'administration a, nous l'avons vu, le droit d'intervenir, c'est incontestable, mais elle n'est pas seule à le posséder.

Si elle a stipulé pour le public, ce n'est point pour la collectivité qui évidemment ne monte pas en chemin de fer ni en tramway, mais pour chaque membre de cette collectivité. C'est chacun qui, individuellement, est le bénéficiaire de la clause.

C'est donc chacun qui est titulaire du droit.

Par la nature des choses, alors que pour créer le droit il fallait un organe, pour en jouir, pour en réclamer l'observation, cet intermédiaire n'est plus nécessaire.

Dans des situations analogues les tribunaux judiciaires ont admis ces idées malgré les réelles difficultés que suscitent certains principes du droit privé à ces déductions. Nous avons vu que les ouvriers sont individuellement fondés à réclamer l'exécution d'une clause stipulée en leur faveur par le maître de l'ouvrage.

Il est bon cependant de faire une observation : dire que chaque membre du public est titulaire du droit est exact, mais s'entend du public véritablement bénéficiaire, en vue duquel on a stipulé. Les services publics sont faits pour ceux qui s'en servent, et ceux-ci seuls forment ce public bénéficiaire. Les personnes qui ne sont pas des usagers du service public, qui ne s'en sont jamais servis et ne demandent point à s'en servir, ne possèdent par conséquent pas de droit, puisqu'ils ne font pas partie du public du service. Il est vrai que le plus souvent cette distinction est inutile parce que les services publics sont d'un emploi très général. Cependant il est bon de la faire pour pouvoir refuser toute action à l'individu qui prétendrait obtenir de la justice l'exécution du cahier des charges d'un service public d'une ville éloignée dont il ne peut ou ne veut pas profiter. « Pas d'intérêt, pas d'action », pourrait-on dire, et même pourrait-on ajouter « pas de droit ». Quand donc nous dirons « membre du public » nous entendrons « membre de ce public-là qui est intéressé au service, membre du public usager du service public ».

§ 5. — *Jurisprudence.*

La jurisprudence, assez peu fournie (sauf pour la matière spéciale des tarifs) des stipulations pour le public, est dans le sens de l'admission d'un droit du public, d'un droit qui existe dans le patrimoine de chaque bénéficiaire et qui a

pour objet l'obtention même de la prestation promise.

L'arrêt de la Cour de cassation belge du 21 juillet 1888 (1) (*Ville de Mons*) est fort net ; il dit que les abonnés « puisent dans la convention du..., combinée avec leur contrat d'abonnement le droit de réclamer les sommes qu'ils auraient indûment payées à la société défenderesse, que ce droit est entré dans leur patrimoine... »

Le Conseil d'Etat a admis à plusieurs reprises, implicitement, le droit du public. Le 3 février 1905, dans l'affaire *Storch*, par le fait qu'il n'a pas opposé le défaut du droit qui eût rendu le pourvoi irrecevable, il a reconnu le droit des habitants de la rue du 4 Septembre à ce que, conformément au cahier des charges des tramways, le trolley ne soit pas installé au centre de Paris.

Dans l'affaire du syndicat du quartier Croix de Seguey-Tivoli, le Conseil d'Etat a, après que M. Romieu l'eût fait expressément (2), reconnu implicitement le droit du public au fonctionnement régulier d'un service public puisque, comme dans l'affaire *Storch*, il n'a pas nié le droit acquis. A notre sens ce droit, qu'il a ainsi reconnu, provient de la stipulation pour le public et non point d'un intérêt légitime à la conservation d'un certain état de fait, intérêt

(1) S. 1889,4,9.

(2) M. Romien, dans ses conclusions, admet bien le droit du public résultant d'une stipulation pour le public : « Les usagers, dit-il, se fondent uniquement sur la violation des droits spéciaux qu'ils tiennent de textes particuliers... notamment du contrat de concession dans lequel la puissance publique a stipulé dans leur intérêt, et en dehors de leur participation ».

équivalent à un droit, comme le pense M. Hauriou dont le commentaire dépasse le sens de l'arrêt.

Le contentieux des tarifs a tout entier son fondement sur la même affirmation.

On peut donc résumer l'état de la jurisprudence en disant que jusqu'à présent le droit que le public tient du cahier des charges des services publics n'a jamais été formellement nié, alors qu'il a été plusieurs fois reconnu par les arrêts.

§ 6. — *Révocation.*

En droit civil, selon les uns, le droit ne naît qu'au moment de l'acceptation par le bénéficiaire de l'avantage qui lui est stipulé, acceptation qui peut d'ailleurs être tacite et résulter implicitement de la jouissance de l'avantage ou de l'usage de l'action qui le garantit, et une fois né, ce droit est irrévocable. Selon les autres, le droit est créé en même temps que la stipulation, mais avec un caractère révocable jusqu'à acceptation.

En matière de stipulation pour le public, étant donné le lien juridique dont nous avons affirmé l'existence entre l'administration et le public, nous ne pouvons admettre que la naissance immédiate du droit du public au moment même de la stipulation.

Mais sera-t-il, comme en droit civil, révocable jusqu'à acceptation ?

Révocable, il l'est évidemment, répondons-nous, et même nonobstant toute acceptation.

En effet, l'administration peut toujours, par une modification au contrat, décharger son co-contractant de ses obligations vis-à-vis du public, soit qu'il les trouve trop onéreuses pour le concessionnaire, soit qu'elles nuisent autrement à la bonne marche des services. Ce faisant, elle agit avec un pouvoir souverain d'appréciation.

Le fait que le public a accepté tacitement, en usant de la clause, ne met aucune entrave à la liberté de l'administration. Cette liberté est une véritable nécessité administrative, et elle n'est au fond que dans l'intérêt général bien compris. Les personnes publiques seraient beaucoup plus circonspectes pour stipuler en faveur du public si elles n'étaient pas assurées de pouvoir y revenir au besoin (1).

SECTION II

Comment le public peut faire valoir son droit.

§ 1. — *De l'existence d'une action.*

A tout droit correspond une action qui a pour but de le faire respecter. Il y a bien des exemples de droits privés

(1) Les tarifs sont des stipulations particulièrement sujettes à changer. Il arrive couramment que le concédant autorise une C^{ie} de tramways par exemple à majorer son tarif du prix des places pour éviter qu'elle ne sombre.

d'action, mais ces cas sont exceptionnels et on ne peut pas ranger un droit parmi eux sans motifs spéciaux, car c'est le priver de toute efficacité et quasiment de toute existence (1)

En droit civil, le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui a une action ; le représenté a également action pour obtenir l'exécution du contrat signé par son mandataire ; celui dont l'affaire a été gérée acquiert aussi des actions garantissant ses droits. Il n'y a aucune raison pour que le public en faveur de qui l'administration a stipulé, qui se trouve dans une situation analogue à celle des personnes que nous venons d'énumérer, n'ait pas d'action pour faire valoir son droit.

Il peut cependant arriver que par la nature des choses cette action n'existe pas ; il y a en effet certaines clauses que nous avons déjà distinguées quand nous avons donné une idée générale des stipulations en faveur du public, pour lesquelles on ne conçoit pas l'exercice d'une action.

Ce sont celles qui sont d'une portée tout à fait générale, qui visent les grandes lignes du service, qui assurent aux consommateurs des avantages tels, que seule l'administration peut, par une appréciation d'ensemble, susceptible de degrés et de nuances, dire s'ils ont été ou non fournis. Nous avons déjà donné des exemples de ces clauses : nous en

(1) Bien mieux, agir pour faire respecter son droit, c'est non seulement un droit, mais un devoir. C'est la thèse du célèbre ouvrage de Ihering « La lutte pour le Droit », (traduction O. de Meulenaere, Paris, Chevalier Maresq, 1890).

avons trouvés dans le cahier des charges de l'Opéra, théâtre qui doit être maintenu par ses directeurs à un certain degré de dignité et d'éclat (1); — dans le cahier des charges des grandes Compagnies de chemin de fer, dont le matériel doit être construit sur « les meilleurs modèles »; — dans les contrats d'éclairage par le gaz où il est dit que le concessionnaire devra se tenir au courant des progrès à venir, etc...

De telles clauses sont insérées pour augmenter l'étendue du contrôle de l'administration. Elles sont dans l'intérêt du public, elles lui confèrent un droit mais un droit naturel, un droit dépourvu de sanction, car le membre du public ne peut critiquer le service qu'à l'occasion d'une application personnelle qui lui a été faite, alors que pour invoquer les stipulations dont nous parlons il devrait se livrer à une appréciation générale.

C'est à la jurisprudence de faire pour chaque cas la distinction des droits pourvus et des droits dépourvus d'action.

Nous n'avons pas à parler davantage de ces stipulations qui ne confèrent pas de droit susceptible de sanction.

Pour les autres, elles peuvent donner lieu à des actions devant les deux ordres de juridictions.

Le contentieux des stipulations pour le public est en effet, comme nous l'avons vu, dans la sphère de compétence des tribunaux administratifs, à l'exception du contentieux des tarifs qui appartient à l'autorité judiciaire (2).

(1) Voy. *supra*, p. 118 et suiv.

(2) On se souvient que nous avons justifié l'existence d'un double con-

C'est ce double contentieux qui fera l'objet des deux paragraphes suivants.

§ 2. — *Contentieux des stipulations pour le public autres que les tarifs.*

Nous avons admis l'existence d'un droit, appartenant à chaque usager du service public, au respect des clauses en faveur du public. Nous avons déduit, de l'existence de ce droit, l'existence d'une action qui le garantisse.

Cette action doit être telle qu'elle fasse obtenir au demandeur à l'encontre du promettant une condamnation de ce dernier à exécuter ses engagements, ou à payer une indemnité, de sorte que le droit du demandeur soit respecté dans la plus large mesure possible, comme l'est en droit civil tout droit venu d'une convention licite. Elle doit être semblable à celle dont disposent les ouvriers en faveur desquels l'administration a stipulé certains avantages dans son contrat avec un entrepreneur.

tentieux, judiciaire et administratif, par cette considération que certains procès mettaient en question la reconnaissance ou la négation des stipulations elles-mêmes et engageaient ainsi l'intérêt général, alors que certains autres ne touchaient qu'à des intérêts privés, parce qu'ils n'impliquaient que la solution d'un problème d'application individuelle. Mais à défaut de cette distinction nous verrons qu'il ne manque pas d'autres explications de la compétence judiciaire en matière des tarifs. Qu'on adopte l'une ou l'autre on arrive toujours à séparer le contentieux des tarifs et le contentieux des stipulations autres que les tarifs, comme nous le faisons nous-même.

Mais devant quel tribunal porter cette action ?

Assurément devant un tribunal administratif, comme nous l'avons déjà montré, mais devant lequel en particulier.

La question offre de très grandes difficultés. Aucun précédent de jurisprudence n'aide à la résoudre. Jusqu'ici aucun tribunal administratif n'a admis les membres du public à venir invoquer devant lui une stipulation pour le public pour qu'il impose directement au promettant le respect de ses engagements. Comme nous le verrons, des stipulations pour le public ont été discutées par le Conseil d'Etat, mais la situation était tout autre, il s'agissait du recours en excès du pouvoir contre le refus de l'administration de forcer son co-contractant à exécuter la clause.

Mais l'absence de tout précédent ne doit pas nous faire conclure à l'impossibilité de l'action. Nous ne sommes pas, comme on l'était à Rome, sous un régime formaliste où les actions sont définies quant à leur objet et en nombre limité. Du moment que nous avons reconnu qu'une action devait exister au profit du public, nous pouvons dire qu'elle existe en effet, et si une certaine organisation judiciaire la rend impossible, cette organisation est vicieuse et n'atteint point, en ce cas, son but. Avant d'en arriver à cette conclusion fâcheuse on doit rechercher tous les moyens d'y échapper.

Cherchons donc quels pourraient être les motifs qui empêcheraient les tribunaux administratifs d'admettre l'action que nous avons définie.

Si un usager d'un service public, s'apercevant qu'une

clause en faveur du public n'est pas exécutée se met en tête d'en obtenir l'exécution ou de se faire allouer des dommages-intérêts, sa première idée serait sans doute d'aller devant le juge du contrat de Travaux publics ou de concession dans lequel figure la clause en question, c'est-à-dire devant le Conseil de Préfecture, ou, exceptionnellement, devant le Conseil d'Etat (1).

Dans le cas où ce serait le Conseil de Préfecture, ce tribunal recevrait ou ne recevrait pas sa demande, mais assurément s'il ne la recevait pas, ce serait pour ce motif que, n'ayant point été partie au contrat, le simple usager est mal venu à venir en demander l'exécution à un tribunal à compétence limitée qui, d'après la loi du 28 pluviôse an VIII, n'est compétent en matière de Travaux publics que pour les litiges « entre les entrepreneurs et l'administration » (art. 4, § 2). Si ce jugement était confirmé sur appel par le Conseil d'Etat, il ne lui resterait plus qu'à aller devant le

(1) Dans l'immense majorité des cas, c'est le Conseil de Préfecture qui est compétent ; cependant le Conseil d'Etat est compétent pour l'interprétation des marchés de fournitures et des concessions de services publics qui ne comportent aucun travail public ni aucune exploitation d'un ouvrage public, car la loi de l'an VIII ne s'applique pas à ces cas, qui retombent dans le ressort du Conseil d'Etat juge de droit commun. Une restriction cependant est à faire : s'il s'agit d'une stipulation insérée dans un contrat de fournitures passé par un Département ou une commune, alors que la juridiction compétente devrait être, d'après les principes, le Conseil d'Etat, comme nous venons de le dire, la jurisprudence admet la compétence judiciaire. Nous sommes obligés dans ce cas de dire que le tribunal civil juge du contrat serait aussi juge de la réclamation du membre du public. Une infraction aux principes entraîne l'autre. Mais l'introduction dans des marchés de fournitures de clauses pouvant faire l'objet des réclamations du public n'est pas à prévoir.

Conseil d'Etat lui-même, juge de droit commun en matière administrative.

Dans ce cas, ou bien s'il s'agissait d'un contrat pour l'interprétation duquel le Conseil d'Etat fut compétent en premier et dernier ressort, si cette haute juridiction refusait d'admettre la demande nous ne voyons pas quel autre motif elle aurait pour ce faire que celui de l'existence d'un recours parallèle devant les tribunaux judiciaires, ou que cet autre, à savoir que le Conseil d'Etat ne connaît que des affaires dans lesquelles sont intervenues au préalable des décisions de l'administration et que, s'agissant d'attaquer une décision du concessionnaire ou entrepreneur du service public, le litige n'est pas susceptible d'être porté devant le Conseil d'Etat.

Nous allons examiner s'il est impossible de passer outre à ces obstacles. Nous allons montrer que chacune des deux juridictions pourrait et devrait être, à défaut de l'autre, déclarée compétente et dire vers laquelle en définitive nous inclinons.

Le Conseil de Préfecture, tout d'abord, peut parfaitement être reconnu compétent. Ce n'est pas un tribunal de droit commun, il est vrai, sa compétence est déterminée par les textes, et il est fort certain que la loi du 28 pluviôse an VIII ne prévoit comme devant être tranchés par le Conseil de Préfecture que les litiges entre l'administration et les entrepreneurs. Mais il ne faut pas exagérer la portée du principe par lequel les juridictions privées d'une compétence générale, en ont une limitée par les textes. Cette limitation est

plus ou moins stricte suivant les cas ; elle sera très stricte pour certaines juridictions d'exception dans la procédure desquelles de moins grandes garanties sont accordées aux justiciables, ou qui disposent de sanctions particulièrement redoutables ; prenons comme exemple une juridiction pénale telle que le Conseil de guerre. Mais pour un tribunal tel que le Conseil de Préfecture, dont la compétence s'étend sur des domaines considérables, comme ceux des travaux publics, des élections locales, des contributions directes, etc., à tel point qu'on a pu soutenir qu'il était juge de droit commun du contentieux administratif, comme l'est, aux colonies, le conseil du contentieux, ou du moins proposer qu'il le devînt, pour un tribunal qui fonctionne comme un rouage normal et essentiel de l'administration de la justice, la force limitative des textes ne va pas jusqu'à interdire toute assimilation.

La loi du 28 pluviôse an VIII en particulier doit moins que toute autre être strictement interprétée. Pendant la période révolutionnaire on a fait quelques lois admirablement construites, mais on en a fait beaucoup plus de fort mal rédigées et c'est à cette deuxième catégorie, sans conteste, qu'appartient la loi qui définit la compétence des Conseils de Préfecture. Aussi la jurisprudence et la doctrine ont-elles pris avec elle des libertés très grandes et très justifiées. C'est ainsi, par exemple, que nul compte n'est tenu de la restriction que le texte (art. 4, § 3) apporte à la compétence du Conseil de Préfecture sur les dommages résultant des Travaux publics en précisant qu'ils doivent « procéder du

fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'Administration ». C'est ainsi encore que la compétence du Conseil de Préfecture sur les dommages causés aux personnes a été reconnue beaucoup moins pour une raison de texte que pour obtenir l'avantage de l'unité de juridiction. Et précisément pour ce qui est de la compétence sur les contrats de Travaux publics et les dommages causés par les Travaux publics, les termes de la loi sont tellement « élastiques » qu'on a pu, par une extension indéfinie de la notion de Travail public, faire juger au Conseil de Préfecture des affaires où aucun travail n'était en jeu, mais seulement des faits d'exploitation ou d'entretien des « ouvrages ». On a fait ainsi de cette juridiction, la juridiction du contentieux des Travaux publics et des ouvrages publics en général et dans un sens tout à fait large (1).

Nous ne voyons donc aucune impossibilité à donner au juge des contrats de Travaux publics, la compétence, non plus seulement sur les litiges entre l'Administration et les entrepreneurs, mais aussi sur les litiges entre les entrepreneurs et le public à raison du contrat. Cela n'est pas dit dans la loi, mais cela est la conséquence logique de la gé-

(1) Cette tendance à étendre la notion du travail public est très nette dans la jurisprudence sur les dommages causés par des faits d'exploitation considérés comme nécessités par l'existence de l'ouvrage public qui résulte lui-même du travail public : ainsi le dommage causé à des immeubles par la trépidation du sol au moment du passage des trains et de la compétence du Conseil de Préfecture. Le vrai coupable n'est pas, paraît-il, le train, mais « l'ouvrage public en activité ». On voit jusqu'où peut aller l'interprétation des textes !

néralité des attributions du Conseil de Préfecture en matière de contrats de Travaux publics.

A l'absence d'impossibilité juridique se joint un très grand avantage pratique en faveur de cette solution : c'est celui de faire juger une affaire par le juge même qui est en tout cas compétent pour donner l'interprétation qui forme en réalité le fond même du débat. Comme en effet le Conseil de Préfecture est seul juge du sens que les parties ont entendu donner à la convention qui elle-même détermine les droits des tiers bénéficiaires, il faudrait bien, si un autre juge était saisi, qu'une question préjudicielle fût renvoyée au Conseil de Préfecture pour cette interprétation (sauf le cas exceptionnel où les clauses litigieuses sont parfaitement claires), et cette interprétation déciderait en fait du fond même. Or, il est infiniment préférable d'éviter une pareille complication en donnant compétence, directement et pour le tout, au Conseil de Préfecture.

Le Conseil de Préfecture peut donc être déclaré compétent pour juger de l'action du membre du public qui invoque une stipulation insérée en sa faveur dans un contrat qui est de son ressort,

Mais à supposer que la jurisprudence soit contraire à cette solution et veuille une stricte application de la loi de l'an VIII, le Conseil d'Etat lui-même peut être saisi, comme juge de droit commun, de cette réclamation.

Rappelons qu'il peut aussi être saisi des réclamations qui portent sur des contrats administratifs, qui, n'étant pas vi-

sés par la loi de l'an VIII, ressortissent directement à sa juridiction.

Un véritable déni de justice serait consommé si une action dont nous avons reconnu la légitimité, n'entrant dans la compétence d'aucun tribunal d'exception, était déclarée aussi non recevable devant le juge de droit commun.

Nous avons dit que les fins de non recevoir qu'on pourrait opposer à cette action pouvaient être :

1^o Celle tirée de l'existence du recours parallèle devant l'autorité judiciaire ; pour l'écarter, nous n'avons qu'à renvoyer à l'étude que nous avons faite précédemment de la nature juridique des stipulations pour le public et de ses conséquences dont l'une est que le contentieux de ces stipulations est administratif, affirmation d'ailleurs conforme à l'état de la jurisprudence (1). L'autorité judiciaire n'a donc pas à intervenir.

2^o La fin de non recevoir tirée de ce principe que le Conseil d'Etat ne juge que sur décision administrative préalable. Pour montrer que ce principe n'est pas en cause, examinons quelle est sa véritable portée.

Son origine se trouve dans l'ancienne théorie aujourd'hui abandonnée du Ministre-Juge, dont la décision était non un exposé de prétention mais un véritable jugement en premier ressort, dont on ne pouvait pas se passer pour aller devant le Conseil d'Etat juge d'appel. Depuis que la théorie du Ministre-Juge est discréditée, la règle qui en était consé-

(1) V. notamment p. 140 et suiv.

quence a survécu, et le Conseil d'Etat a continué de déclarer non recevable toute demande qui n'était pas précédée d'un refus d'une autorité administrative. Cette jurisprudence était pourtant sur le point de disparaître en 1900. A plusieurs reprises à cette époque le Conseil d'Etat n'opposa pas le défaut de décision préalable ou ne visa aucune décision préalable dans ses arrêts (1). Mais cette évolution de jurisprudence fut arrêtée par la loi du 17 juillet 1900 qui édicta que « dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'Etat que sous la forme de recours contre une décision administrative, lorsqu'un délai de quatre mois s'est écoulé sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat ». Depuis le vote de cette loi et en considération des débats préparatoires qui ont eu lieu tant au Conseil d'Etat qu'au Parlement et qui ont déterminé nettement sa portée, le Conseil d'Etat a repris son ancienne jurisprudence et exige toujours une décision préalable. Il se conforme en ceci à une tradition constante que Laferrière a puissamment contribué à former et d'après laquelle le « contentieux administratif naît d'une opposition entre l'action administrative manifestée par un acte de gestion ou de

(1) Cons. d'Et., 3 février 1899 *Lecoq*, 7 août 1900, *département de la Loire*. 10 décembre 1900, *département de l'Allier*. 21 décembre 1900, *département du Calvados*.

puissance publique, et le droit d'une partie qui se prétend lésée par cette action » (1).

Si cette conséquence de la théorie du Ministre-Juge peut survivre encore dans les affaires où une dette de l'Etat est affirmée, où il y a contestation entre un ayant droit et la personne publique elle-même, il est facile de se rendre compte qu'elle ne peut pas être invoquée à l'encontre d'une procédure qui met aux prises les membres du public bénéficiaire d'une stipulation administrative et l'entrepreneur d'un travail public ou le concessionnaire d'un service public. La situation même exclut la possibilité d'une pareille exigence, puisque l'administration n'est pas en cause elle-même. Il n'y a qu'à suivre en de semblables cas le mode de formation des litiges qui est celui des tribunaux judiciaires et des Conseils de Préfecture.

Si le Conseil d'Etat vient à se déclarer compétent, il pourra rencontrer au cours du procès un obstacle : il devra en effet savoir exactement le sens de la stipulation invoquée, et si cette interprétation rencontre des difficultés, il ne pourra pas, la plupart du temps, la faire lui-même, il devra la demander au juge du contrat, au Conseil de Préfecture (2) qui se trouvera ainsi chargé de résoudre l'essentiel de l'affaire, ainsi que nous l'avons déjà expliqué.

(1) Laferrière, *Traité de la Juridiction Administrative*, 2^e édit., I, p. 322.

(2) La nécessité du renvoi des questions préjudicielles est d'ailleurs discutée. Voy. *infra*, p. 271 et suiv.

Maintenant que nous avons montré qu'aucune impossibilité juridique ne s'oppose à ce que le Conseil d'Etat et le Conseil de Préfecture se déclarent compétents, il nous faut opter entre ces deux juridictions, pour toutes les affaires au sujet desquelles nous avons le choix, c'est-à-dire pour toutes celles qui sont relatives à un contrat d'exploitation d'un ouvrage public, qui forment de très grandes majorités (pour les autres, en effet, seule la compétence du Conseil d'Etat est possible).

Nous avons déjà fait pressentir notre préférence pour le Conseil de Préfecture. Un raisonnement par analogie d'une grande force nous pousse en effet à donner un même juge aux procès qui s'élèvent sur les stipulations d'un contrat, que ce soit le stipulant lui-même ou un tiers bénéficiaire qui agisse, et l'avantage pratique qu'il y a à éviter les questions préjudicielles d'une telle importance qu'elles sont le procès lui-même, nous confirme dans notre opinion.

Il existe donc, pensons-nous, un moyen direct pour l'usager d'un service public qui se trouve lésé par l'inexécution d'une stipulation faite au profit du public dans l'acte contractuel constitutif du service, un moyen direct de faire cesser ce mépris de son droit ou d'obtenir réparation : il suffit qu'il le demande au juge administratif compétent pour connaître du sens et des effets du contrat, c'est-à-dire en général au Conseil de Préfecture.

Cette conclusion ne peut s'autoriser d'aucun précédent de jurisprudence. Mais elle a pour elle d'être en harmonie avec ce principe de justice que tout détenteur d'un droit doit avoir

le moyen de le faire respecter en l'invoquant directement devant les tribunaux (1).

Elle permet d'attacher ainsi une sanction pratique à l'incurie ou à la négligence intéressées des exploitants des services publics, auxquelles il serait impossible de mettre fin si, à l'apathie de l'Administration et aux collusions entre Administration et exploitants une jurisprudence trop timide ajoutait une défense d'intervenir au grand intéressé, à celui pour lequel les services publics sont précisément créés et qui subit les inconvénients de leur monopole, au public.

Ajoutons qu'en adoptant cette solution on établira un parallélisme (2) dont l'absence serait choquante entre la situation du public ayant affaire à un service exécuté en régie, et celle du public ayant affaire à un service exécuté par un concessionnaire. Dans le premier cas, en effet, les dispositions qui règlent le service peuvent servir de base à des réclamations contentieuses, et il serait étonnant qu'il n'en soit point de même des dispositions contractuelles qui ont le même objet dans le second cas.

(1) Nous faisons allusion au moyen indirect de donner satisfaction au public qui consisterait en un recours pour excès de pouvoir contre l'inaction de l'administration, moyen qui d'ailleurs est lui-même infécond.

(2) Nous disons « parallélisme » et non « identité », cette dernière ne pouvant être obtenue. V. plus haut la discussion des systèmes de MM. Duguit et Haurion, p. 183 et suiv.

§ 3. — *Contentieux des Tarifs.*

Dans le paragraphe précédent, l'absence complète de précédents de jurisprudence nous a forcé à édifier une théorie par laquelle le membre du public bénéficiaire d'une stipulation peut faire valoir le droit qu'elle lui confère. Pour résoudre le même problème à l'égard des tarifs, qui constituent une catégories spéciale et fort importante de stipulations pour le public, nous trouverons au contraire pour nous aider une jurisprudence abondante et de nombreuses opinions d'auteurs.

Cette différence est assez facile à expliquer. Les clauses destinées à assurer au public une certaine organisation ou un certain fonctionnement du service, à définir la prestation, l'avantage qui doivent être fournis, sont d'une nature qui se prête mal aux réclamations individuelles : elles sont en effet d'ordre général et administratif, et d'ailleurs en petit nombre, contenues dans des contrats mal connus des usagers, et il n'est point nécessaire de se reporter à elles à propos de chaque fait d'utilisation du service. L'exploitant les observe plus ou moins exactement par les conditions qu'il offre au public sous le contrôle constant de l'administration. Le public a une tendance à accepter les choses telles qu'elles sont, mettant sa confiance dans l'autorité pour empêcher les abus ; et s'il trouve le service défectueux, il est plus tenté de faire une remarque au cahier des réclamations

que d'entamer une série de procès. De fait, il faut un certain courage, courage d'ailleurs à certains égards admirable et vraiment digne de la reconnaissance de la masse des citoyens, pour accepter avec une puissante compagnie une lutte qui peut durer plusieurs années et coûter de grosses sommes, sur le terrain sans charme des prétoires, et sans autre prix que la constatation du droit du public accompagné tout au plus de l'allocation de quelques francs de dommages-intérêts (1). Les tempéraments capables de ces initiatives généreuses et de cette combativité sont fort rares.

Il en est autrement des tarifs qui sont faits pour fixer le prix du service dans chaque cas particulier. Ces tarifs qui sont présentés sous forme de colonnes et de tableaux souvent fort étendus et compliqués, déterminent la taxe perçue sur le public d'après des éléments qui peuvent varier jusqu'à l'infini (par exemple, pour les transports : nature de l'objet à transporter, poids de cet objet, distance à parcourir, durée du trajet, responsabilité encourue par le transporteur, etc., etc.). De telle sorte que chaque usager qui se présente pour profiter du service public se trouve dans une situation particulière à laquelle correspond un certain prix qui n'est souvent fixé qu'à la suite de toute une série de recherches dans les registres. L'exactitude du résultat n'est

(1) Il n'est pas à souhaiter que l'esprit procédurier se développe outre mesure. Mais dans un pays où, notamment par le jeu du recours pour excès du pouvoir, tant d'abus peuvent être dénoncés par le citoyen et grâce à eux abolis, on ne pourrait que se féliciter de voir se multiplier les initiatives individuelles dans un but de réalisation de plus en plus complète de la légalité.

évidemment pas vérifié pour chaque fait d'utilisation par l'administration qui n'y suffirait pas, mais par l'intéressé lui-même s'il veut en prendre la peine.

S'agissant, non de la marche générale du service, mais de son application particulière à chaque cas, dont l'Administration ne peut pas ne pas se désintéresser, on ne s'étonne pas de voir que le public ait compris qu'il lui fallait se défendre lui-même et que l'existence d'un contentieux considérable des tarifs soit la conséquence immédiate de leur établissement.

Nous examinerons successivement :

1° La nature juridique des tarifs et sa conséquence immédiate sur la compétence ;

2° La compétence ;

3° Diverses questions d'application.

A. — Nature juridique des tarifs.

Diverses théories et leurs conséquences immédiates.

Le problème de la nature juridique des tarifs a été très vivement agité, diversement solutionné, dans le but de justifier une compétence que tout le monde admet pour les procès entre les exploitants des services publics et les usagers. La question des tarifs a en effet ceci de particulier que tout le monde accepte une certaine jurisprudence solidement établie et que chacun édifie une théorie particulière pour la justifier et la faire entrer dans son système juridique général sans en gêner l'harmonie.

M. Dereux, dans une remarquable thèse (1), a clairement posé le problème, qui donne lieu dans les livres et dans les arrêts à tant d'exposés obscurs, à tant de déductions par à peu près qu'on est tenté, après les avoir lus, de considérer la matière comme inextricable. Nous avons profité des études de M. Dereux sans accepter toutes ses conclusions.

Nous allons exposer l'une après l'autre les opinions qui se sont produites sur la nature juridique des tarifs : comme nous le verrons, toutes aboutissent à reconnaître la compétence judiciaire qui est proclamée par la jurisprudence.

1° Une première opinion, émise dans la matière spéciale des chemins de fer, consiste à dire que les tarifs sont des lois. C'est l'idée qui se dégage de la plupart des arrêts. Une très grande quantité de décisions affirment que les tarifs de chemins de fer « ont force de loi (2) ». Il est vrai que certaines ne donnent ici au mot « loi » que le sens général qu'il a dans l'article 1134 du Code civil qui dit que les contrats « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». — Mais celles dont nous nous occupons dans ce moment, et elles sont les plus nombreuses, ont bien vraiment pris le mot loi dans son sens propre, synonyme de « acte législatif ».

(1) *De la nature juridique des tarifs de chemins de fer*, par Georges Dereux. Paris. Arthur Rousseau, 1906.

(2) Voy. la très longue liste donnée par M. Dereux, p. 21 et celle donnée sous l'arrêt du 23 mai 1905 (*Compagnie générale parisienne de tramways, C. Adenis*). S. 1907, I. 185. Voy. également Picard, *Traité des chemins de fer*, t. IV, p. 75.

Les conséquences d'une pareille conception sont diverses : c'est tout d'abord la compétence de l'autorité judiciaire, dont le rôle est de veiller à l'exécution des lois et qui a plein pouvoir de les interpréter ; c'est ensuite que la Cour de cassation peut intervenir pour déterminer le sens des tarifs litigieux, tandis que l'interprétation des juges du fait serait souveraine si les tarifs résultaient de simples conventions ; c'est que les tarifs sont présumés connus de tous les intéressés qui ont toujours le droit de les consulter ; c'est qu'ils s'imposent nonobstant toute convention contraire (1), c'est qu'ils doivent être « appliqués à la lettre ».

Sans vouloir, pour le moment, apprécier la valeur de ces règles, voyons si le principe dont elles découlent se peut soutenir.

Or, il nous paraît qu'il ne résiste pas aux raisons suivantes :

Une loi ne peut être qu'un acte voté par le Parlement. Toute définition de la loi par son contenu relève de la philosophie du droit et non du droit positif.

Il y a deux sortes de tarifs : les uns sont contenus dans le cahier des charges, et déterminent les prix qui seront perçus en pratique, ou des maxima ; les autres, dits « d'application », sont ceux qui servent effectivement à la perception.

Or, les premiers sont contenus dans des textes qui sont,

(1) Voy. nombreux arrêts cités par Picard, *Op. cit.*, t. IV, p. 76

il est vrai, approuvés en général par les lois, mais le fait que l'approbation du Parlement est nécessaire pour qu'un acte soit valable ne donne pas à cet acte le caractère législatif (1). Ainsi que le dit M. Dereux, en outrant un peu l'hypothèse (2) : « Si deux personnes passent un contrat en subordonnant sa validité au vote d'un projet soumis aux Chambres, et si un vote favorable a lieu, le contrat ne deviendra pas, par cela même, une loi. »

Les seconds sont encore moins des lois : ils sont homologués par le Ministre, mais le Ministre n'a point le pouvoir de légiférer. Cependant, dit-on, les lois du 11 juillet 1842 et du 15 juillet 1843 ont délégué le pouvoir législatif au gouvernement en prévoyant des règlements pour garantir la police, la sûreté, l'usage et l'exploitation des chemins de fer, et en vertu de ce pouvoir a été prise l'ordonnance du 15 novembre 1846 qui, dans son article 44, pose la règle de l'homologation. Il y a là une subdélégation du pouvoir législatif. Sans agiter la grave question de savoir si le pouvoir législatif peut se déléguer, et tout en constatant qu'en fait il est assez fréquemment délégué, nous nous refusons à admettre des subdélégations. L'homologation du Ministre n'est qu'une condition mise par un règlement d'administration publique à l'existence des tarifs d'application, elle n'est nullement un acte législatif ni même réglementaire.

L'opinion que nous combattons ici a de plus l'inconvé-

(1) Voy. Picard, *Op. cit.*, t. IV. p. 91,

(2) Dereux, *Op. cit.*, p. 40.

nient d'être spéciale aux chemins de fer ; la matière des tarifs est homogène et les mêmes règles essentielles s'y appliquent dans tous les cas. Puisque des tarifs autres que ceux des chemins de fer y obéissent, c'est pour d'autres raisons que celle de cette soi-disant force légale à laquelle il est donc inutile d'avoir recours.

2° A l'opposé de cette théorie se trouve celle de plusieurs auteurs éminents tels que MM. Lyon-Caen et Renault (1), qui est également celle de M. Dereux : les tarifs seraient de simples conventions entre le concédant et le concessionnaire. Le raisonnement de M. Dereux est celui-ci : Les tarifs ne sont point des actes de puissance publique « parce que leur force obligatoire dépend de l'assentiment d'un particulier », ce qui est contradictoire avec la notion même de puissance publique, et d'autre part on ne peut pas dire qu'ils soient des actes d'autorité parce qu'ils sont approuvés par des actes d'autorité, le caractère d'un acte n'étant pas forcément le même que celui de l'acte qui l'autorise (loi ou décret d'homologation).

Les conséquences de cette thèse sont exactement inverses de celles de la théorie précédente, sauf la reconnaissance de compétence judiciaire qui est commune d'ailleurs à tous les systèmes.

Nous ne pouvons pas donner les raisons qui nous font écarter cette théorie autrement qu'en exposant l'opinion à laquelle nous nous rallions.

(1) *Traité de Droit commercial*, t. III, p. 632 (1899).

3^o Entre le système du tarif-loi et celui du tarif-simple convention se trouve le système du tarif-acte administratif. Mais ce dernier peut se décomposer en deux autres, celui où cet acte administratif est un acte réglementaire, et celui où il n'est qu'un acte de gestion.

a) Les partisans du caractère réglementaire des tarifs ont remarqué que « la concession est un contrat par lequel un entrepreneur en se chargeant d'exécuter en totalité ou en partie des ouvrages destinés à l'usage du public reçoit comme rémunération, au lieu du paiement du prix des travaux, le droit de l'exploiter en percevant des taxes sur ceux qui les utilisent. Une Compagnie de chemins de fer exploite donc temporairement une voie dépendant du domaine public avec le droit d'y percevoir des péages qui ont le caractère de contributions publiques et qui d'après leur mode d'établissement et de perception, doivent être assimilés à des impôts indirects (1) ». Sans doute les cahiers des charges en ce qu'ils contiennent des tarifs sont des textes contractuels entre l'autorité publique et les concessionnaires : à l'égard du public ce sont des dispositions réglementaires établissant des impôts indirects (2).

(1) Colson, *Abrégé de la législation des chemins de fer et des tramways*; 2^e édit., 1903, p. 24.

(2) Cette théorie a d'ailleurs pour elle un argument de texte. En effet l'article 2 du cahier des charges des chemins de fer dit : « Pour indemniser la Compagnie des travaux et dépenses qu'elle s'engage à faire... le Gouvernement lui accorde l'autorisation de percevoir pendant toute la durée de la concession les droits de péage et les prix de transport ci-après déterminés ».

Cette conception conduit à adopter la compétence judiciaire sur les contestations, car l'autorité judiciaire est le juge du contentieux des contributions indirectes aux termes des lois des 7 et 11 septembre 1790 et 5 ventôse an XII, et à accepter les conséquences de la théorie du tarif-loi (1), le règlement étant analogue à la loi.

Cette opinion est en général celle des auteurs de droit administratif. M. Hauriou (2) affirme que le tarif est réglementaire et se comporte « comme une loi », parce que dans la taxe perçue par les monopoleurs il y a un élément de puissance publique, car le prix n'est pas librement débattu. M. Berthélemy voit dans les redevances perçues par le concessionnaire de véritables taxes (3). Une appréciation toute semblable ressort des pages où Laferrière traite de la compétence judiciaire pour les tarifs (4). M. Aucoc dans ses *Conférence de droit administratif* développe le même point de vue (5). Enfin nous avons entendu professer la même opinion par M. Romieu à son cours de l'Ecole Libre des Sciences

(1) Nul n'est censé ignorer le tarif. Interprétation à la lettre. Interdiction de conventions particulières.

(2) M. Hauriou d'ailleurs est ici dans la logique de son système sur les concessions. Nous avons déjà exposé qu'il voit dans le contrat de concession et dans le cahier des charges en général des textes réglementaires vis-à-vis du public. Les autres auteurs que nous citons considèrent au contraire que ce sont des textes contractuels, et n'attribuent qu'aux tarifs un caractère réglementaire.

Voy. Hauriou, *Précis*, 6^e édition, 1907, p. 695, note, et p. 302 note.

(3) Voy. Berthélemy, *Traité élémentaire*, 2^e édition, 1902, p. 588.

(4) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e édit., 1896, I, 696.

(5) 2^e édition, t. III, p. 480 et 790.

politiques : si nous avons bien compris ses paroles, toutes les fois que des tarifs sont établis avec rigueur par l'autorité publique dans des textes approuvés par des lois ou par des décrets en Conseil d'Etat, ils ont la même force obligatoire que les impôts, et l'obligation de l'usager de payer la redevance ne naît point d'un contrat, mais des tarifs eux-mêmes qui font la loi vis-à-vis du public (1).

La jurisprudence administrative est également dans ce sens. Elle s'est manifestée à plusieurs reprises d'une façon fort nette à propos de questions d'interprétation des tarifs. Un arrêt du 12 avril 1866 (2) rendu par le Conseil d'Etat sur conflit, annule l'arrêté du Préfet qui revendiquait pour l'autorité administrative l'interprétation préjudicielle d'un tarif de chemin de fer, « considérant qu'il résulte des lois des 7-11 septembre 1790 et 5 ventôse an XII, que l'autorité judiciaire est seule compétente pour connaître des contestations auxquelles peut donner lieu le recouvrement des impôts indirects entre les redevables et les administrations chargées de leur recouvrement, que dès lors le litige ne

(1) Au contraire d'après M. Romieu, quand la redevance est fixée par un contrat particulier entre le concessionnaire et l'usager, celui-ci étant seulement protégé par des maxima stipulés à son profit dans le contrat de concession, il n'y a aucune assimilation à faire avec les impôts et si la compétence est judiciaire, c'est qu'il s'agit d'affaires purement privées. Exemple : abonnement à l'eau, au gaz, etc... On voit que dans cette opinion il y a une distinction entre deux catégories de tarifs, les uns sont des actes réglementaires ayant valeur de loi, les autres sont des bases de convention privées.

(2) Chemin de fer de Lyon. *Recueil Lebon*, p. 381. Cité par Laferrière, I, p. 697 (2^e édit.).

présentait aucune question préjudicielle dont la connaissance pût être revendiquée par l'autorité administrative ». Le Conseil d'Etat a fait une application intéressante des mêmes principes par l'arrêt du 15 février 1884, en refusant de résoudre une question préjudicielle d'interprétation d'un tarif, qui lui était renvoyée par l'autorité judiciaire. Les motifs sont un excellent exposé de toute la théorie : « considérant que la clause contestée n'a pas entre les requérants et la Compagnie le caractère d'un acte ou d'un contrat administratif ; que la requête portée devant le Conseil d'Etat constitue une demande d'interprétation d'un tarif ; que le jugement des contestations relatives soit à l'application et à la perception, soit à l'interprétation des tarifs autorisés... a lieu comme en matière de contributions indirectes : qu'ainsi et aux termes des lois ci-dessus visées des 7-11 septembre 1790 et 5 ventôse an XII, la juridiction administrative n'est pas compétente pour en connaître (1) ».

Ainsi la jurisprudence administrative et les auteurs qui l'approuvent, tout en reconnaissant aux tarifs le caractère d'actes administratifs de puissance publique, échappent à la conséquence qui semble en résulter immédiatement, savoir la compétence administrative, en recourant à l'assimilation des péages et prix du transport avec les impôts indirects.

Cette thèse a pour elle le mérite de la clarté. Mais le raisonnement n'en est pas très rigoureux.

(1) Cons. d'Et., 15 février 1884, *Jurie. V. Rec. Lebon* à sa date, S. 1885, 3,78. D. 1885,3,95.

Que le tarif soit un acte administratif, nous l'admettons volontiers ; qu'il soit réglementaire, cela serait vrai si la proposition suivante l'était aussi ; qu'il établisse de véritables taxes ayant le caractère d'impôts indirects, ou que l'analogie qu'il y a en tout cas entre le prix du service et certaines taxes indirectes permette une assimilation au point de vue de la compétence, cela est tout à fait discutable.

On ne peut contester qu'il y ait certains rapports entre les tarifs de services publics et les tarifs d'impôts indirects. Il y a plusieurs impôts indirects qui ont le caractère de rémunération de service rendu, tels que les droits d'enregistrement ou les péages pour les ponts, bacs et passages d'eau, etc., et qui sont prévus par les lois annuelles de finances. Il est certain aussi qu'il n'est pas exagéré de dire que les concessionnaires des services publics sont délégués de la puissance publique, puisqu'ils peuvent user du droit d'expropriation et des servitudes d'utilité publique. Il n'est pas douteux que la partie du prix de transport qui correspond aux travaux d'établissement et qu'on nomme péage représente le remboursement des sommes dépensées sur le domaine public, ni que le paiement de l'emploi du service ne soit un moyen de fournir des ressources à l'exploitant faute duquel on devrait recourir à l'impôt.

Toutes ces considérations aboutissent à la constatation de certaines analogies mais d'aucune identité. En réalité, les tarifs des services publics concédés ne sont pas des tarifs d'impôt.

Tout d'abord les rétributions de service rendu ne sont

pas des impôts dans le sens rigoureux du terme. Si on parle de l'*impôt* de l'enregistrement, de l'*impôt* du tabac, c'est que la prestation fournie par l'Etat n'est pas la cause mais seulement l'occasion de la perception d'une somme hors de proportion avec la valeur de la prestation elle-même. « L'impôt est la recette fiscale pure », sans aucun élément de rétribution, selon MM. Boucard et Jèze (1), et c'est pourquoi ces auteurs ne font pas rentrer dans la catégorie des impôts les rétributions pures et simples, c'est-à-dire les recettes qui ne dépassent pas la valeur du service rendu ou de l'objet fourni (2). De sorte que, si certaines de ces ressources peuvent être appelées *impôts*, ce ne peut être que par une assimilation imposée contrairement à la logique par les textes, et toujours exceptionnelle.

A d'autres points de vue, l'identification prétendue est impossible : les concessionnaires des services publics ne sont point des personnes publiques à proprement parler et les impôts sont toujours des recettes de personnes publiques. La perception n'est faite ni par le personnel, ni en suivant la procédure ni en employant les moyens coercitifs privilégiés des contributions indirectes. Les tarifs ne sont pas autorisés chaque année par la loi de finances.

(1) *Cours élémentaire de Science des Finances*, Paris, 1904, p. 199.

(2) Exemples : Exploitation du domaine (vente de coupes de bois, location etc...) Exploitations industrielles (vente des produits des manufactures nationales, Produits des chemins de fer de l'Etat, des postes, télégraphes et téléphones). Recettes des services du contrôle (droits de vérification divers).

D'autre part, il est bien vrai que pour les services publics tels que les chemins de fer, on a renoncé à les faire payer par l'impôt pour les faire payer par les usagers. Cela veut-il dire que ce que l'usager paye, c'est justement l'impôt? Non, il y a deux procédés entre lesquels on a eu le choix; 1^o l'impôt; 2^o le paiement du prix du service (1). Si on a pris le deuxième mode, on a abandonné le premier. Au point de vue économique on peut comparer les deux systèmes, au point de vue juridique on ne doit pas dire qu'ils ne font qu'un.

S'il subsiste une analogie entre les prix payés aux exploitants des services publics par les usagers et l'impôt, peut-on s'en servir pour une assimilation de compétences? Cela est tout à fait impossible. L'analogie a en droit une fonction. Dans un cas où il y a doute, l'analogie peut faire pencher vers une solution qui met plus de cohérence dans une matière. Mais on ne saurait lui faire jouer un rôle plus important. Or, la perception des impôts relève naturellement de la compétence administrative comme le plus essentiel des actes de puissance publique, et si les tribunaux judiciaires sont compétents en matière de taxes indirectes, c'est en vertu de textes spéciaux qu'il est impossible d'étendre à des recettes non fiscales, en vertu d'une simple analogie.

M. Picard (2) dit que l'assimilation est hasardée et pro-

(1) Rémunérant à la fois le capital d'établissement et le capital d'exploitation.

(2) *Op. cit.*, t. IV, p. 92.

pose autre chose. Nous pensons qu'au point de vue pratique elle a pu rendre des services, mais qu'au point de vue théorique, qui doit nous préoccuper dans une étude de ce genre, elle est inacceptable.

b) La théorie du tarif-acte de gestion peut elle-même être soutenue dans deux sens très opposés. D'un côté, elle aura les partisans de la théorie déjà étudiée du tarif-simple convention (1), car pour eux l'acte de gestion de l'administration rentre, par opposition à l'acte de puissance publique, dans le domaine du droit commun (2) (3).

D'un autre côté, elle aura des partisans qui admettront le raisonnement suivant auquel nous adhérons nous-même.

Un tarif n'est pas un acte réglementaire créant des taxes indirectes. Un tarif est établi par la commune volonté de la personne publique et de l'exploitant du service (4). C'est donc un acte contractuel.

(1) Voy. plus haut B. système de M. Dereux.

(2) Conformément à la théorie de Laferrière développée logiquement par M. Berthélemy dans tout le cours de son *Traité élémentaire*.

(3) M. Picard a cette idée qu'aucun texte n'attribuant les tarifs à l'autorité administrative il est conforme aux principes qu'ils appartiennent aux tribunaux de droit commun. On ne peut d'ailleurs avoir cette opinion que si on admet que le tarif est un simple acte de gestion, et que les actes de gestion rentrent dans le droit commun, V. Picard, *op. cit.*, t. IV, p. 92

(4) Nous ne faisons point de distinction entre les tarifs du cahier des charges et les tarifs homologués. Les premiers sont évidemment conventionnels. Mais on pourrait dire que les seconds sont les prix demandés par l'exploitant et que le fait d'être soumis à une approbation ministérielle ne change pas leur caractère. Ce serait jouer sur les mots. En réalité, les tarifs homologués comme les autres procèdent d'une entente entre l'exploitant et le ministre : ils sont donc aussi contractuels. Quant aux tarifs qui

Plus spécialement c'est une stipulation pour le public, en vertu de laquelle un monopoleur ne pourra pas imposer des prix exagérés au public comme rémunération du service qu'il lui rend.

Cet acte contractuel fait dans un but d'utilité publique, pour la marche d'un service public, entre une personne publique et un exploitant du service public est un acte administratif qui appartient à la catégorie de la gestion publique.

Il est inexact de diviser les actes administratifs en actes de puissance publique et actes de gestion et de faire rentrer ces derniers dans le droit commun. En dehors des actes faits dans les conditions mêmes du droit commun et pour le domaine privé, tout acte administratif se distingue d'un acte d'un particulier par ce caractère d'être fait dans un but d'intérêt public par une personne publique. Ainsi naît cette classe de la gestion publique qui relève des tribunaux administratifs.

Il semblerait donc à première vue que le tarif donnerait

seraient établis par l'exploitant sans que la personne publique ait autrement stipulé qu'en fixant un maximum qu'ils n'atteignent pas, nous n'avons pas à nous en occuper ici, puisqu'ils ne résultent pas d'une stipulation pour le public. A notre avis, ces tarifs ont la même nature administrative que les autres et obéissent pour les mêmes raisons aux mêmes règles de compétence, car ils créent un droit au public par le fait d'une déclaration unilatérale de volonté conforme à la charte du service, peut-on dire, et par là ressemblent aux tarifs stipulés. Ne pourrait-on pas soutenir d'ailleurs qu'ils sont aussi contractuels par le seul fait qu'ils sont conformes à la volonté du concédant puisqu'ils ne dépassent pas le maximum ?

lieu à des contestations qui rentreraient dans le contentieux administratif, comme celles qui proviennent des stipulations pour le public déjà étudiées. Mais cette conséquence serait erronée. Le contentieux de l'application des tarifs est judiciaire, au contraire, parce que l'existence même des tarifs n'y est pas normalement intéressée, mais seulement leur respect dans des cas individuels qui sont d'un intérêt purement privé. L'immense majorité des litiges sur les tarifs portant sur des faits d'application absolument insignifiants au point de vue de la marche des services publics et de l'intérêt du public, l'autorité judiciaire a pu être reconnue compétente absolument comme au cas où il s'agit de déterminer les conséquences d'un contrat administratif à l'égard d'un tiers qui y puise un intérêt privé (1). Il n'est pas douteux que la compétence judiciaire en ces matières ait tendu à devenir totale et à englober la compétence pour l'interprétation et pour l'appréciation de la légalité des tarifs ; il y a là un léger manquement à la logique qui aurait plutôt fait admettre l'existence de questions préjudicielles sur ces questions. Mais cette tendance, dans un domaine aussi touffu que celui des tarifs, est tout à fait normale et est à approuver pleinement en considération de la simplicité et de la clarté qu'elle apporte. Elle se rencontre semblable dans la compétence du juge pénal en cas d'infraction à des règlements administratifs. Et d'ailleurs elle n'est pas illimitée : nous verrons bientôt comment

(1) Voy. *supra.*, p. 150.

l'intérêt administratif peut se défendre contre les empiètements de l'autorité judiciaire (1).

Cette théorie ne peut s'appuyer sur aucun précédent de jurisprudence qui puisse faire autorité, mais elle nous semble celle qui fournit l'explication la plus acceptable du fait de la compétence judiciaire en matière de tarifs. — Il est probable que la Cour de cassation en restera à sa conception du tarif-loi, et le Conseil d'Etat à sa conception du tarif fiscal. A défaut d'ailleurs de toute légitimité théorique une pareille jurisprudence pourrait se justifier par son ancienneté et sa solidité. C'est un fait incontestable que la jurisprudence est une source du droit, quoiqu'on recule souvent devant cet aveu.

(1) Cette théorie exposée très sommairement en note sous l'arrêt du 23 mai 1905 (*Adenis*) dans le *Sirey* (1907, 1, 185) est accompagnée de citations d'arrêts dont plusieurs n'ont aucun rapport avec elle. Surtout il n'y a point en sa faveur d'arrêt sur une affaire où le réclamant intervienne comme membre du public usager. Cependant on peut tenir compte des motifs de l'arrêt du 31 janvier 1859 (*S.*, 1859, 1, 740), dans lequel il s'agissait d'une contestation sur le sens du cahier des charges soulevée par un tiers en relation personnelle avec l'entrepreneur, motifs qui ont une portée très générale : « attendu que la Cour n'a pas interprété le Décret du... qui ne présentait aucune ambiguïté ; mais qu'à supposer que la Cour l'eût interprété au point de vue de son influence sur les intérêts et sur les conventions des parties privées, elle n'aurait pas en cela excédé ses pouvoirs ; qu'en effet, l'approbation donnée par le gouvernement aux statuts et aux conventions relatives à des entreprises d'utilité publique n'enlève pas aux tribunaux le droit qui leur appartient d'apprécier et même d'interpréter ces statuts et conventions dans tout ce qui se rattache aux intérêts privés des parties ».

B. — Des tribunaux compétents en matière de tarifs.

1^o L'autorité judiciaire est compétente ainsi que cela découle de toutes les théories que nous venons d'étudier sur la nature juridique des tarifs, pour juger le contentieux des tarifs (1).

Quel sera le tribunal saisi ?

D'après le Code de Commerce (art. 631), le tribunal de commerce est compétent pour connaître des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. La plupart des services publics étant des entreprises commerciales, notamment les entreprises de transports (Code de Commerce, art. 632) le tribunal de commerce pourra être appelé à juger les litiges.

Toutefois, il se pourra que ce soit le tribunal civil. Cela arrivera toutes les fois que le service public sera actionné par un non-commerçant ou par un commerçant qui n'a pas usé du service public pour son commerce, si ce demandeur opte pour la juridiction de droit commun, comme il en a la faculté. Car la prestation fournie par l'exploitant n'est acte de commerce qu'à l'égard de ce dernier.

Il n'y a point de difficultés pour les voies de recours contre la décision du premier juge qui sont l'appel et la

(1) V. *supra*, p.140 et 141. Nous avons déjà écarté l'idée du contrat individuel comme justifiant, à l'exclusion de toute considération sur la nature juridique des stipulations pour le public, la compétence judiciaire en ces matières.

cassation. Cependant une question intéressante se pose sur le rôle de la Cour de cassation. L'interprétation des tarifs est-elle une matière où elle puisse intervenir ou doit-elle être laissée à l'appréciation des juges du fait.

La théorie du tarif-loi répond que la Cour de cassation a évidemment voix au chapitre, puisqu'il s'agit d'interpréter la loi, ce qui est justement sa raison d'être. C'est précisément le désir d'arriver à cette conséquence qui a été une des principales causes de l'adoption par la Cour de cassation du système du tarif-loi. En effet, il est éminemment désirable que des tarifs tels que ceux des chemins de fer soient interprétés dans un sens identique pour toute la France. Le contraire aurait pour le commerce les résultats les plus fâcheux.

La théorie du tarif-règlement justifie de la même façon la bienfaisante intervention de la Cour suprême, les règlements se comportant comme des lois (1).

La théorie du tarif simple convention ne peut aboutir au même résultat : il est indubitable que l'intention des contractants est un fait qui ressortit à la compétence du juge du fait et échappe à l'appréciation de la Cour de cassation. M. Dereux ne peut pas échapper à cette conséquence mais pour en pallier les effets défavorables il a recours à la distinction, peu féconde en matière de tarifs, entre les actes clairs et les actes obscurs (ces derniers étant les seuls qui

(1) Voy. Colson, *Abrégé de la législation des chemins de fer*, 2^e édition, p. 153.

soient réservés au juge du fait), ou bien à l'édification de toute une théorie nouvelle sur le rôle de la Cour de cassation quand elle examine un contrat (1).

Pour nous qui avons admis que les tarifs ont le caractère d'actes administratifs, nous admettrons la compétence de la Cour de cassation parce qu'il s'agit non d'un simple acte privé, mais d'un acte de l'autorité publique, et qu'un recours en cassation est ouvert non seulement contre la violation de la loi, mais aussi contre la violation d'un acte quelconque de l'autorité publique (2). Il y a dans l'acte de gestion publique un élément d'autorité, un but d'utilité publique, qui lui fait participer de la nature des lois et règlements et le fait sortir de la catégorie des simples conventions privées (3).

2° Maintenant que nous savons qui sera juge d'une contestation entre un usager d'un service public et l'exploitant sur un tarif, demandons-nous quelle sera l'étendue de sa compétence.

Le tarif est un acte administratif, avons-nous dit : il est donc en principe dans le ressort de la compétence administrative. Mais à ce principe, il y a une vaste exception puisque l'application des tarifs à chaque usager est du ressort des juridictions judiciaires.

(1) V. Dereux, p. 203 et suiv.

(2) Aucoc, t. III, p. 484.

(3) Nous avons nié le caractère réglementaire des tarifs en ce sens que nous avons affirmé qu'ils ne créaient point d'impôt, mais nous ne nions pas l'élément de puissance publique qui est inclus dans tout ce qui est destiné à l'intérêt public, au service public.

Comment délimiter sur le terrain des tarifs, le champ de chacune des autorités ?

La logique conduirait à la solution suivante :

« L'autorité judiciaire est compétente pour appliquer le tarif. Mais s'il survient une difficulté d'interprétation ou un doute sur la légalité du tarif, cette difficulté ou ce doute devra faire l'objet d'une question préjudicielle dont connaîtra l'autorité administrative. »

C'est bien ainsi que les tribunaux judiciaires ont parfois pensé. Un exemple très intéressant nous en est fourni par l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 13 mars 1882 (1). Une contestation s'étant élevée entre la Compagnie des Tramways et deux voyageurs à propos de l'application du tarif et une interprétation de ce tarif ayant été nécessaire pour la résoudre, la Cour décida : 1° qu'elle était compétente pour statuer sur le fond ; 2° mais que, en présence de l'obscurité du cahier des charges, elle devait surseoir à statuer jusqu'à ce que l'interprétation ait été donnée par l'autorité administrative.

Mais une nécessité pratique a fait accepter une jurisprudence différente. Qu'est-ce que donner compétence à l'autorité judiciaire si elle doit surseoir à statuer dès que le texte à appliquer est obscur ? C'est lui donner le droit de prononcer une sentence conditionnée par une décision antérieure prise par une autre autorité !

Ou il faut que l'autorité judiciaire ne juge pas les diffi-

(1) Sirey, 1882, 2, 109.

cultés d'application des tarifs, ou il faut qu'elle puisse interpréter ces tarifs quand ils sont obscurs.

C'est ainsi que sur cette première question de l'interprétation la plénitude du pouvoir des tribunaux judiciaires a été reconnue par les auteurs (1) et par la jurisprudence. Nous ne donnerons qu'un exemple de cette dernière, mais il est typique, car il concerne l'affaire même qui avait donné lieu à l'arrêt de la Cour de Bordeaux précédemment cité. Le Conseil d'Etat saisi de la question préjudicielle à lui renvoyée par cet arrêt, ne s'est pas borné à reconnaître la compétence de la Cour en matière d'interprétation de tarifs, mais s'est lui-même déclaré incompétent (2).

En ce qui concerne la validité et la légalité des tarifs, la compétence de l'autorité judiciaire est reconnue, avec beaucoup moins d'étendue. Elle peut déclarer le tarif non applicable pour inaccomplissement des formalités prescrites par les textes, notamment défaut d'homologation ou défaut de publicité (3). Mais elle ne pourrait pas apprécier la légalité des tarifs en eux-mêmes, car ce serait contraire à la séparation des autorités administrative et judiciaire. Elle ne pourrait pas non plus juger un litige dans lequel des particuliers demanderaient des dommages-intérêts à un concessionnaire à raison de l'application de tarifs dûment homologués mais contraires à la loi ou au cahier des charges.

(1) Voy. Lafarrière, II, 696. Picard, IV, 88. Aucoc, III, 792 et suiv.

(2) Arrêt du Cons. d'Et. 15 février 1884. *Jurie et Courtet*. La principale partie de cet arrêt citée, *supra*, p. 231.

(3) Voyez Cassation, 31 déc. 1866, Chemins de fer du Midi, D., 1867, 1, 56.

Sur ce point il y a eu un arrêt du Tribunal des Conflits du 3 janvier 1851 qui admettait, au contraire, que la non-conformité d'un tarif homologué avec le cahier des charges pouvait servir de base à une action civile contre une Compagnie de chemins de fer (1).

Mais cet arrêt est resté isolé et dès le 21 avril 1853, un Décret pris sur conflit a admis la thèse opposée par les motifs suivants : « c'est à l'Administration qu'il appartient, sur l'initiative des Compagnies... d'approuver, en vue de l'intérêt général, dans les limites du maximum autorisé par le cahier des charges, ou de rejeter les modifications proposées au tarif des perceptions. Sous le prétexte d'un prétendu dommage causé par ces modifications à des intérêts privés, l'autorité judiciaire ne saurait, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, s'immiscer directement ou indirectement dans l'appréciation d'actes de cette nature et y porter atteinte », et cette jurisprudence a été depuis lors constamment suivie (2). L'affaire Adenis dont il a été fait état précédemment en est une nouvelle manifestation (3).

Laferrière et les auteurs qui assimilent les prix des services publics à des impôts voient dans cette limitation imposée à l'autorité judiciaire la limitation même du contentieux d'exception des impôts (4). On peut penser, à notre avis, que cette règle n'est que la sauvegarde de la compé-

(1) Conflits, 31 janvier 1851. Voy. Lebon, et D., 1851, 3, 39.

(2) Aucoc, III, p. 792. Dereux, p. 102 et suiv.

(3) V. *supra*, p. 155.

(4) V. Laferrière, II, p. 699.

tence administrative dès que le procès, au lieu d'avoir pour objet l'application des tarifs à un cas particulier, vise l'existence même du tarif et prend par là un caractère d'intérêt général.

C. — Questions diverses concernant les tarifs.

Manière dont les tarifs doivent être interprétés.

Les tarifs doivent être appliqués « à la lettre ». Telle est l'affirmation qu'on trouve dans un nombre si considérable d'arrêts, et qui a pris une telle autorité, que les auteurs la répètent purement et simplement comme une conséquence du caractère quasi-législatif des tarifs. M. Dereux (1) s'en étonne avec raison. Pourquoi les tarifs devraient-ils être interprétés plus strictement qu'un autre texte. Si le tarif est une loi, où voit-on qu'il y ait une catégorie de lois qui doive être appliquée à la lettre ? Si c'est un acte administratif, pourquoi l'autorité judiciaire hésiterait-elle à l'interpréter, puisque, comme nous l'avons montré plus haut, elle en a le droit ? Si c'est un acte privé, pourquoi ne pas lui appliquer les règles ordinaires d'interprétation des contrats ?

En fait, ce principe est sans conséquences pratiques. On voit dans les arrêts que les tarifs sont interprétés avec une grande liberté (2). L'interprétation littérale est un système

(1) p. 155 et suiv.

(2) Voir les exemples typiques donnés par M. Dereux, p. 160 et suiv. et les arrêts cités en note.

trop simpliste pour être recommandé en n'importe quelle matière.

Ce qu'il y a de vrai sous la formule, c'est qu'on applique aux tarifs la même règle d'interprétation qu'on applique en général aux contrats dits « d'adhésion » dans lesquels une partie accepte en bloc un ensemble de clauses. Cela se produit de plus en plus de nos jours, les polices d'assurances, les polices d'abonnements divers en sont des exemples. On les signe souvent sans les lire. Comme il est impossible de savoir la pensée de l'adhérent, on n'en tient pas compte et on cherche le sens le plus acceptable des clauses en elles-mêmes. C'est un système qu'on peut appeler, sans être bien exact, un système d'interprétation littérale. Or, le tarif n'est pas autre chose que la base d'une entente analogue au contrat d'adhésion, entre l'usager et l'exploitant du service public.

Disons donc que le principe de l'interprétation à la lettre des tarifs signifie simplement que l'obligation de l'usager d'un service public doit se calculer, non d'après les intentions qu'il a eues ou manifestées au moment de l'utilisation du service, mais simplement d'après le sens des tarifs tel qu'il ressort de l'accord de volonté entre le concessionnaire et le Ministre au moment de l'homologation.

Du principe que nul n'est censé ignorer les tarifs.

Quand un particulier se présente au guichet d'une Compagnie de chemins de fer pour faire une expédition, il peut arriver que l'employé lui donne une fausse indication.

Il en résulte une situation qui a été fort bien étudiée

par M. Dereux (1) à l'ouvrage duquel nous renvoyons pour les détails, nous bornant ici à résoudre la difficulté en peu de mots dans le sens même qu'il a préconisé.

Tout d'abord, le tarif stipulé par la personne publique a une valeur obligatoire pour la Compagnie, qui ne peut percevoir davantage, et pour le public qui est tenu des obligations qui y sont édictées, auxquelles il accède par le fait de sa volonté d'adhésion. Point de difficulté là-dessus. Il en résulte que les erreurs de perception dans un sens ou dans l'autre doivent être rectifiées.

Mais une erreur a pu créer un dommage pour l'usager. Si plus que le tarif a été payé, il s'est privé pendant un certain temps d'une certaine somme d'argent. Si moins que le tarif a été payé, il a pu, sur la foi de cette expérience, diminuer les chiffres de son prix-courant, etc... La question est de savoir s'il peut demander réparation (2) en vertu de l'article 1382 du Code civil.

Les tribunaux de commerce répondent « oui » avec constance, mais la Cour suprême casse sans exception leurs jugements dans ce sens.

La Cour de cassation s'appuie sur deux moyens : 1° que nul n'est censé ignorer la loi, ni par conséquent les tarifs qui sont des lois ; 2° que donner une indemnité serait di-

(1) P. 125-156.

(2) La question est très différente de la précédente. Dans cette dernière il s'agissait de la force obligatoire des tarifs entre le concessionnaire et l'usager. Ici, au contraire, il s'agit de savoir si l'application des tarifs ayant été rectifiée, il ne reste pas une faute à la charge de la Compagnie pour avoir donné de mauvais renseignements.

minuer indirectement la taxe prévue par les tarifs homologués.

Contre le premier motif, nous ne pouvons que résumer l'excellente discussion de M. Dereux qui lui oppose les affirmations suivantes :

1° Les tarifs ne sont pas des lois ;

2° L'adage « nul n'est censé ignorer la loi », n'est pas d'une généralité absolue. La preuve en est que l'erreur de droit est fréquemment cause de l'annulation d'un contrat, ou d'une indemnité au profit de celui qui a été trompé ;

3° L'affirmation que le public connaît les tarifs par suite de leur publication est sans force. En effet, en droit, cette publicité ne peut pas avoir pour résultat une présomption irréfragable à l'encontre du public, parce qu'une telle présomption ne devrait avoir sa source que dans une loi, et que d'ailleurs la publicité a été établie par le cahier des charges dans l'intérêt du public pour le renseigner, et non pour lui nuire. Et, en fait, cette publicité est illusoire : pratiquement, le calcul des prix du transport ne peut être fait que par les employés, et le public, voulût-il lui-même tenter l'entreprise, ne pourrait pas y réussir, car les tarifs ne sont pas en fait affichés, et les seuls documents mis dans les gares à la disposition des requérants ne sont pas officiels et n'engagent pas la responsabilité de la Compagnie (livrets-chaix) ;

4° La publicité fût-elle effective qu'elle ne pourrait, en mettant une faute à la charge de l'usager, effacer celle du

service public. Il y aurait tout au moins lieu à appliquer la théorie du partage de responsabilité ;

5° Peu importe d'ailleurs que les particuliers sachent ou ne sachent pas quel est le tarif : on n'écoute absolument pas leur avis.

Quant au second motif, il est erroné parce qu'il confond deux choses fort différentes : le prix de transport et l'indemnité pour dommages résultant de faux renseignements.

Cette argumentation nous paraît sans réplique et nous n'hésitons pas à nous joindre à M. Dereux pour approuver la jurisprudence des Tribunaux de Commerce et pour critiquer celle de la Cour de cassation. Et il y a dans cette question, comme on peut s'en rendre compte, non seulement l'intérêt de déduire correctement les conséquences de la théorie du tarif-loi ou de celle du tarif-simple acte administratif, mais encore un intérêt pratique de premier ordre pour tout le public.

Nous ne nous étendrons pas davantage sur la question des tarifs. Il y aurait encore quelques points à étudier relativement aux tarifs des chemins de fer si l'objet de cette étude n'était pas trop général pour que nous puissions nous arrêter à ces particularités (1).

(1) Ces points sont les suivants : 1° les agents des C^{ies} de chemins de fer qui veillent à l'application des tarifs sont-ils des citoyens chargés d'un ministère du service public spécialement protégés par l'art. 224, C. P. contre les outrages ? Nous renvoyons pour l'étude de cette question à la thèse de M. Dereux et nous acceptons la théorie de Labbé qui y est exposée d'après laquelle les agents des chemins de fer seraient protégés par l'art.

Nous résumerons tout ce qui concerne les tarifs en disant que les tarifs des services publics concédés sont des ensembles de clauses stipulées par les personnes publiques au profit du public ; que cette origine les fait rentrer dans la catégorie des actes de gestion publique ; que la compétence à laquelle ils donnent lieu pour le contentieux de l'application est judiciaire parce que des intérêts purement privés y sont en jeu, tandis que les contestations sur l'existence des tarifs restent en principe, et à part quelques distinctions dans le ressort des tribunaux administratifs ; que la Cour de cassation est en droit d'en fixer le sens ; que la situation qui s'établit entre les services publics et les usa-

224 quand ils veillent à l'application des lois et règlements. Les tarifs n'ayant pas ce caractère les agents qui veillent à leur respect ne jouissent pas de la protection. C'est une conséquence qu'on est obligé d'accepter à regret devant l'impossibilité d'étendre le champ d'un texte pénal par analogie. La loi seule pourrait, dans un intérêt de police protéger les agents de l'exploitation commerciale des chemins de fer plus que ceux d'une autre personne privée. Mais il faut dire que la jurisprudence judiciaire accorde la protection du C. P. aux agents assermentés, ce qui réduit l'intérêt de la question. — 2° Les tarifs sont-ils pénalement sanctionnés ? La jurisprudence est dans le sens de l'affirmative. Ici encore la nécessité d'interpréter strictement les lois pénales force à admettre une série de conclusions un peu incohérentes. La loi de 1845 autorise le gouvernement à faire des règlements d'administration publique pour l'exploitation des chemins de fer et les sanctionne par des pénalités correctionnelles (art. 21). Le règlement de 1846-1901 porte quelques dispositions relatives aux tarifs ; celles-ci seront donc pénalement sanctionnées, mais elles seront seules à l'être. Ainsi l'individu qui monte dans un train sans billet sera puni parce que son acte est interdit par l'article 58-1° du décret de 1901. Mais celui qui paie un prix inférieur au tarif ne sera poursuivi que civilement, tandis que la Compagnie qui percevrait plus que le tarif pourrait être poursuivie pénalement en vertu de l'art. 44 de l'ordonnance (V. Dereux, p. 214 et suiv.).

gers à propos de chaque utilisation du service est une situation d'adhésion dans laquelle la volonté de chacun ne doit pas être prise en considération pour l'interprétation des tarifs ; enfin, que la jurisprudence de la Cour de cassation, d'après laquelle les concessionnaires ne seraient pas responsables des dommages causés par de faux renseignements sur les tarifs censés connus de chacun, n'est pas fondée.

§ 4. — *Procédé exceptionnel qui est à la disposition du public pour faire valoir son droit.*

Nous plaçons ici la mention d'un procédé tout à fait spécial et très curieux dont le public peut se servir dans certains cas pour obtenir satisfaction : il consiste dans l'emploi de l'article 123 de la loi du 5 avril 1884 modifiée par la loi du 8 janvier 1905. En vertu de ce texte, tout contribuable d'une commune peut exercer les actions qu'il croit appartenir à la commune, si celle-ci a négligé de le faire. C'est un moyen pour le public d'une commune de défendre ses droits en exerçant l'action de la commune contre son concessionnaire pour inexécution de son contrat, et, dans certains cas, ce procédé pourra rendre de véritables services.

Il est cependant très insuffisant pour la généralité des cas. En effet, il ne s'applique que dans la sphère communale et les services municipaux, malgré leur importance, ne sont pas les seuls qui intéressent le public. En outre, l'action du contribuable est soumise à toute une série de

formalités et conditions : il faut que le Conseil municipal qu'il a préalablement mis en demeure d'agir lui-même ait refusé ou négligé de répondre, et non seulement il faut qu'il justifie de son inscription au rôle des contributions directes, mais encore il doit obtenir l'autorisation du Conseil de Préfecture à qui il doit adresser un mémoire et qui examine sa demande beaucoup plus au point de vue de l'opportunité qu'au point de vue du droit strict et pourra attacher son attention plutôt à l'intérêt financier de la commune qu'au droit des usagers des services communaux. Enfin il plaide à ses risques et périls, et peut même être tenu de par l'acte d'autorisation à la consignation préalable des frais d'instance.

Toutes ces conditions, principalement celle de l'autorisation, rendent l'usage de l'article 123 exceptionnel et peu fécond au point de vue spécial de la stipulation pour le public. Il fallait néanmoins en parler, puisque dans certains cas, il peut permettre de faire respecter le droit du public.

CHAPITRE III

RAPPORTS ENTRE LE STIPULANT ET LE PUBLIC BÉNÉFICIAIRE

En droit civil, il y a une absence totale de relations entre le stipulant et le bénéficiaire, si ce n'est que le premier peut révoquer la clause tant que le tiers n'a pas accepté.

En droit administratif, au contraire, la rubrique qui est en tête de ce chapitre peut précéder des développements importants, parce que le stipulant est une personne publique et que contre ses actes tout intéressé, par conséquent tout membre du public bénéficiaire, a un droit de critique par le jeu de recours pour excès de pouvoir.

Ce droit de critique pourra s'exercer à propos de trois séries d'actes relatifs à la stipulation :

1° A propos de la stipulation elle-même ;

2° A propos des actes positifs de l'Administration à l'encontre de l'exécution de la stipulation ;

3° A propos des actes négatifs, c'est-à-dire des refus de l'Administration d'agir pour obtenir cette exécution.

§ 1. — *Recours en annulation de la stipulation pour le public.*

Les stipulations pour le public sont des actes administratifs et sont contenues dans des actes administratifs ou approuvées par des actes administratifs. Le recours en annulation pour vice de forme, incompétence, violation de la loi et des droits et détournement de pouvoir est donc ouvert, comme contre tout acte administratif, aux intéressés.

Le membre du public intéressé à un contrat fait au profit du public pourra donc en obtenir l'annulation en la demandant au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir.

Il ne le pourra pourtant pas toujours d'après une doctrine sans doute critiquable. Si un cahier des charges est approuvé par une loi, il ne peut plus être attaqué devant aucune juridiction, car aucun juge ne peut rien contre un texte législatif, même s'il ne mérite ce titre que par la forme, ou contre un texte approuvé par une loi.

Le recours au contraire est en tout cas ouvert contre les clauses approuvées par des décrets ou des arrêtés. Par exemple, les arrêtés ministériels d'homologation des tarifs de chemins de fer sont susceptibles d'être attaqués.

Mais à ce propos une question se pose : Le fait que l'intéressé a devant d'autres juges le droit de se faire rendre justice ne fait-il pas naître l'objection du recours parallèle qui tend à lui enlever la faculté d'agir en annulation ? Par

exemple, le recours en annulation contre l'acte d'homologation d'un tarif illégal pour vice de forme sera-t-il recevable quoique l'intéressé puisse en faire écarter l'application par l'autorité judiciaire ? Dans l'état actuel de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur le recours parallèle, il n'y a aucun doute en faveur de la négative. Le Conseil d'Etat aujourd'hui n'oppose plus l'existence d'un recours parallèle que quand ce recours fait obtenir au requérant l'avantage même qu'il demande à la procédure de l'annulation. Or, il est certain que faire annuler un tarif est un procédé autrement efficace qu'en faire paralyser l'effet dans un cas particulier.

Mais ce n'est point en général l'annulation d'une clause à son profit que veut le public, c'est bien son exécution. Nous avons déjà vu dans les chapitres précédents plusieurs voies qui menaient à ce but. Voyons maintenant les garanties offertes au public à ce point de vue contre une attitude défavorable de l'Administration.

§ 2. — *Du recours du public contre les actes positifs de l'Administration contraires à la stipulation pour le public.*

L'Administration peut à tout moment, avec le consentement de son contractant (qui lui est acquis d'avance, puisqu'il y a intérêt) diminuer ou supprimer les avantages stipulés au profit du public en modifiant le contrat. A première vue, il semblerait donc que l'Administration fût ab-

solument maîtresse de la situation et n'eût pas à redouter de réclamations de la part des membres du public.

Mais un contrat administratif est soumis, pour sa validité, à certaines règles posées par les lois et règlements. Les concessions, actes importants, engageant la possession du domaine public pendant de longues périodes sont en général soumises à des formalités qui doivent être reproduites pour chaque modification. Les unes sont approuvées par les lois, les autres par des décrets en Conseil d'Etat.

Si l'Administration, sans modifier régulièrement un contrat dans lequel un avantage est stipulé pour le public, fait un acte positif tendant à la violation du droit que le public a ainsi acquis, tout membre du public intéressé a le droit d'en demander l'annulation pour excès de pouvoir.

C'est ce qu'a fort bien admis le Conseil d'Etat le 3 février 1905 dans l'affaire *Storch* (1). Il s'agissait d'un commerçant de la rue Réaumur qui protestait contre l'arrêté du Préfet de la Seine autorisant la Cie de l'Est-Parisien à installer provisoirement le trolley dans ladite rue. Le raisonnement de ce commerçant était celui-ci : le cahier des charges prohibe le trolley et cette prohibition est faite pour éviter l'enlaidissement de la voie ; c'est donc une stipulation en faveur du public et spécialement en faveur des habitants de la rue Réaumur ; sans aucune modification de ce cahier des charges le Préfet autorise une installation contraire à ce cahier ; le membre du public lésé peut

(1) *Recueil Lebon*, 1905, p. 416.

demander l'annulation de l'arrêté pour violation d'un droit.

Si le Conseil d'Etat n'avait pas admis cette thèse, il eût rejeté le pourvoi en disant que le sieur Storch n'avait point de droit à faire valoir. Il ne le rejeta au contraire que parce que, à son avis, le cahier des charges n'avait nullement été violé par le fait d'une situation provisoire créée pour assurer le service, alors que les moyens de traction souterrains devenaient pour un temps impraticables. Le Conseil d'Etat a donc admis implicitement le droit du public à l'exécution de la stipulation et à l'annulation des actes positifs de l'Administration qui y seraient contraires (1).

Mais le fait qu'un acte positif de l'administration autorisant un concessionnaire à violer son cahier des charges est entaché d'excès de pouvoir et attaquant devant le Conseil d'Etat, ne garantit pas très sérieusement le public, car l'Administration pourra s'entendre avec le concessionnaire et tolérer, sans agir positivement, la violation du contrat. Dans ce cas l'action directe du membre du public sera-t-elle sa dernière arme, ou ne pourra-t-elle pas encore se servir du recours pour excès de pouvoir ?

(1) D'autres arrêts sont analogues mais à notre point de vue sont beaucoup moins probants que celui-ci, parce que les requérants n'invoquaient pas de droits tenus du contrat de concession, mais l'intérêt qu'ils avaient à l'annulation d'actes contraire à des lois et règlements. V. Cons. d'Et., 6 mars 1903. Ardisson, *Rec. Lebon*, p. 196.

§ 3. — *Du recours du public contre le refus de l'administration de faire exécuter la stipulation.*

Ce recours est fort différent de celui qui a fait l'objet du § précédent. Celui-ci existait sans difficulté du moment qu'un acte administratif positif se trouvait en présence d'un droit. Il n'impliquait nullement que l'Administration eût un certain *devoir d'intervention* entre le public et les exploitants de services publics, mais simplement que l'Administration dans ses actes devait respecter les droits acquis. Le recours contre l'inertie de l'Administration comporte au contraire l'affirmation d'un devoir d'intervention qui est, nous le montrerons, bien loin d'être entré dans notre droit. C'est donc à tort, selon nous, que M. Duguit refuse de distinguer les deux recours et les prend l'un et l'autre comme les conclusions d'une même argumentation.

Il est important de déterminer avec soin ce qu'on peut espérer, dans l'état actuel du droit, de l'usage du recours contre l'inertie de l'Administration en notre matière, car c'est ce recours et lui seul que MM. Duguit et Hauriou consentent à mettre entre les mains de l'usager du service public, l'acte de concession étant à leur avis un acte législatif ou réglementaire, comme d'ailleurs le cahier des charges. Lorsque nous avons soutenu l'existence d'une action directe du public contre le concessionnaire qui n'exécute pas les clauses de son cahier des charges, nous avons

argué de ce qu'aucun autre recours, notamment le recours pour excès de pouvoir contre l'inertie de l'Administration, qui était mis en avant, n'était efficace. C'est le moment de le démontrer.

Nous avons dit déjà (1) que nous considérons non seulement comme un droit mais aussi comme un devoir de l'Administration de veiller elle-même à l'exécution des clauses qu'elle stipule au profit du public.

Elle doit le faire, car elle est l'organe du public ; c'est en vertu de cette fonction qu'elle a stipulé ; de même doit-elle faire respecter la stipulation.

Sans doute le public peut se défendre tout seul, mais sa défense est toujours éparpillée, livrée au hasard des décisions contradictoires. Et il faut au membre du public, qui prend en main la cause du public, du courage, du dévouement, et des capacités juridiques. Tout cela ne se trouve pas toujours. Tandis que l'Administration, quand elle défend le public, exerce tout simplement son métier, et elle n'y risque guère, car elle a une puissance coercitive considérable sur les promettants.

Mais ces considérations ne nous mènent pas à grand résultat ; ce qui importe ce n'est pas de reconnaître un devoir social à la charge de l'Administration, c'est de l'enfermer dans une obligation juridique.

Pour éclairer d'un exemple la discussion que cette question soulève, nous exposerons l'affaire récente du syndicat

(1) V. *supra*, p. 167.

du quartier Croix de Seguey-Tivoli qui s'est présentée devant le Conseil d'Etat dans des conditions particulièrement intéressantes et dont nous avons eu si souvent à parler (1).

Avant 1901 le réseau des tramways de Bordeaux comprenait une ligne qui, partant du centre, bifurquait, à son arrivée aux boulevards circulaires extérieurs, à droite et à gauche. En 1901, convention et décret furent renouvelés, et réseau remanié. En octobre 1903, un prolongement du tronçon de gauche était déclaré d'utilité publique par un décret, et en novembre suivant la C^{ie} de tramway fit annoncer qu'en conséquence de ces remaniements le service ne serait plus fait du côté droit, mais seulement du côté gauche, du côté du tronçon allongé.

Cette décision laissait tout le quartier de droite dépourvu d'accès direct au centre de la ville et l'association des propriétaires et contribuables de ce quartier fit une réclamation auprès du Préfet fondée sur ce que la Compagnie aurait ainsi violé le cahier des charges, et tendant à ce que le Préfet usât des pouvoirs qu'il tient de la loi du 14 juin 1880 (art. 21 et 29) pour obliger la Compagnie à rétablir le service indûment supprimé. Le Préfet estima au contraire que le cahier des charges avait été respecté et déclara ne pouvoir donner suite à la réclamation. L'association déféra l'arrêté du Préfet au Conseil d'Etat pour le voir annuler pour excès de pouvoir. Ce

(1) Cons. d'Et. 21 décembre 1906. Syndicat du quartier Croix de Seguey-Tivoli contre Tramways de Bordeaux. *Rec. Lebon*, p. 961 avec conclusions de M. Romieu.

pourvoi avait ceci de particulier qu'il était rédigé par M. Duguit, fondateur et président de l'association. Les remarquables conclusions de M. Romieu, commissaire du gouvernement, achevaient de rendre l'affaire d'un intérêt exceptionnel. Comme nous l'avons déjà dit, c'est sur elle que MM. Duguit et Hauriou ont émis leurs théories du droit du public.

Nous nous trouvons bien ici en face du public, bénéficiaire d'une stipulation, exigeant de l'administration stipulante qu'elle use de ses moyens pour lui faire obtenir satisfaction, et attaquant le refus opposé à cette prétention. Voyons à quoi peut aboutir cette procédure.

I. *Quel est l'objet des pouvoirs coercitifs divers dont la personne publique dispose vis-à-vis des concessionnaires des services publics.* — Nous avons vu quels sont ces pouvoirs (1). Certains, comme les clauses pénales, dérivent du contrat. Certains autres, non prévus au contrat, sont accordés par le juge du contrat. Il y a, d'autre part, des pouvoirs de contrôle et de surveillance très efficaces, qui ne proviennent plus du contrat mais des prérogatives de l'autorité, comme ceux qui sont accordés aux Préfets pour les chemins de fer d'intérêt local et les tramways par les articles 21 et 29 de la loi du 11 juin 1880.

Les uns et les autres sont d'une façon générale très énergiques et mettent les personnes publiques en position de

(1) V. *supra*, p. 167 et suiv.

ne jamais souffrir d'une inexécution des engagements du concessionnaire.

Quel est le but de ces pouvoirs? Assurément, c'est l'intérêt général, et l'intérêt général est évidemment l'intérêt du public. Mais il y a l'intérêt du public, pour ainsi dire, *stricto sensu*, qui est d'user du service public dans les meilleures conditions possibles de bon marché et de commodité, et l'intérêt du public *lato sensu*, ou mieux l'intérêt général qui pourra amener à sacrifier certains avantages accordés aux usagers pour protéger l'existence même du service public, ou pour sauvegarder les finances publiques. En effet, le changement de concessionnaire d'un grand service public peut être un mal général, par la perturbation qu'elle amène dans les affaires, par la difficulté qu'il pourra y avoir à le remplacer. User de rigueur, d'autre part, diminuera les gains du concessionnaire et rendra moins fructueux pour le concédant le partage des bénéfices. De sorte qu'il est possible pour beaucoup de raisons qu'il soit avantageux d'accorder au concessionnaire une certaine indulgence, ou des délais, pour l'exécution absolue de ses engagements.

La question est de savoir si l'administration est nantie de ses pouvoirs spéciaux dans l'intérêt du public *stricto sensu* et pour faire exécuter rigoureusement les obligations qui existent envers lui, ou bien si elle peut user d'un certain pouvoir d'appréciation, examiner l'opportunité de son action à un point de vue plus élevé.

La réponse n'est pas douteuse. L'Administration est gar-

dienne de l'intérêt général au sens le plus large du mot. Elle a le droit le plus étendu d'appréciation. Elle n'est pas seulement le représentant du public considéré comme créancier des services publics, elle est aussi l'autorité tutélaire qui veille de haut sur la marche de ses services et sur leur gestion financière. De sorte que s'il appartient au particulier détenteur d'un droit de le défendre, elle ne saurait être forcée de le défendre pour lui, car elle a sa mission propre (1).

On pourrait sans doute concevoir un état plus parfait où le respect absolu des droits du public, dont l'Administration est l'organe, irait de pair avec la plus grande attention donnée à l'opportunité administrative. On pourrait soutenir que ce dernier intérêt serait satisfait par l'usage du droit que l'Administration a de modifier en tout temps, d'accord avec son concessionnaire, les clauses du cahier des charges, mais qu'aucune considération ne pourrait justifier la violation d'un droit établi par des règles qui sont d'ordre public.

Cette opinion est trop absolue. Il serait bien difficile d'administrer s'il fallait constamment remanier les contrats, et d'ailleurs les remaniements prennent du temps et il peut se faire qu'ils ne soient utiles que pendant peu de

(1) M. Romieu dans ses conclusion dans l'affaire du syndicat de Croix de Seguey dit : « Le principe universellement admis est que les pouvoirs de tutelle de l'Administration sur les contrats des communes sont constitués tout à la fois dans l'intérêt de l'ordre public, des contribuables, des créanciers de la commune, et des usagers, c'est-à-dire du public ».

temps. L'action de l'Administration a besoin d'être souple, rapide, et les formalités ne doivent pas l'entraver. Remarquons d'ailleurs que s'il y a violation d'un droit, ce n'est pas l'administration mais son co-contractant qui en est coupable, et qu'un recours doit être ouvert à l'intéressé contre lui. Il n'y a vraiment rien de choquant à ce que l'Administration refuse d'intervenir en faveur du public, en considération d'un intérêt général supérieur, surtout si le public a des moyens de se défendre lui-même. Ceux qui n'admettent point l'action directe du membre du public pourraient être tentés d'édifier à toute force une théorie de l'obligation pour l'Administration d'agir au profit du public (1). Mais pour nous elle n'est pas indispensable.

Non seulement elle n'est pas indispensable, mais elle apparaît bien comme impossible. Le droit administratif repose, on l'a justement dit, sur la prérogative de l'Administration (2) qui, sans doute, s'est assujettie à des règles protectrices des particuliers, mais ne saurait être par trop réduite. Il n'a jamais été question de forcer l'administration à passer un contrat dans tels ou tels termes. Pourquoi voudrait-on la forcer à faire exécuter une clause dont elle estime l'effet inopportun ? L'Administration est l'organe, avons-nous dit, et non le mandataire de la collectivité. Elle agit en vertu du pouvoir autonome qu'elle tient de sa fonction.

(1) C'est ce que fait M. Duguit (article cité), se bornant d'ailleurs à une simple affirmation.

(2) Hauriou, *Précis*, 6^e édition, p. 383.

En réalité, le discrétionnaire est le milieu normal de l'action administrative. C'est son milieu primitif, puisqu'elle a d'abord reposé sur la violence. Peu à peu la puissance publique s'est limitée elle-même, dans son propre intérêt qui est de régner dans le calme et dans l'ordre : de là sont nées les formalités, les distinctions de compétence, les recours. Mais tout cet appareil salubre ne doit pas cacher l'inévitable arbitraire de *la mise en mouvement de l'action administrative*. Sans liberté elle ne serait pas, et le jeu de la puissance publique serait un simple automatisme légal. Il n'y aurait plus à proprement parler d'administration, de conduite des affaires d'intérêt général.

La force de la machine administrative s'est limitée, mais l'impulsion en reste fatalement autonome (1).

L'Administration est condamnée à payer une certaine somme à un particulier ; qui garantit ce dernier qu'il sera payé ? Uniquement la moralité de sa débitrice : le refus d'ordonnancer, en effet, ne peut donner lieu à aucun recours contentieux (Cons. d'Etat, 19 novembre 1886, *Gorgeu*, p. 809 du *Recueil*). Un créancier d'une commune dont la dette reste impayée par suite de la mauvaise foi du conseil municipal peut demander au Préfet l'inscription d'of-

(1) Lire le chapitre intitulé : *Le gouvernement contre la loi, les pratiques illégales de l'administration*, p. 107 et suiv., dans *La Vie du Droit* de M. J. Cruet. Il y est dit notamment (p. 108). « Nous devons constater que l'administration dans son action quotidienne est simultanément dominée par le souci double et contradictoire de respecter les textes législatifs et d'obéir cependant aux nécessités naturelles de sa fonction propre. Ici encore nous sommes obligés d'opposer à la conception mécanique, la conception organique du droit. »

fice, mais si elle lui est refusée, aucune voie de recours ne lui est ouverte contre le refus (Cons. d'Etat, 17 avril et 1^{er} mai 1885. *Consistoire de Nîmes* et *fabrique d'Aix* et jurisprudence constante) (1). De même le refus du Ministre de prononcer la déchéance d'un concessionnaire ou la saisie de son cautionnement est un acte purement discrétionnaire (Cons. d'Etat, 24 décembre 1897, *Saboulard*, p. 851 (2), et 10 novembre 1905, *Préfet de la Marne*, p. 825).

L'exposé même de cet état de choses est la meilleure réponse à la théorie que nous discutons. Elle ne cadre absolument pas avec les principes mêmes de l'action administrative tels qu'ils résultent d'une jurisprudence absolument ferme, et il ne faudrait pas moins qu'un texte formel pour la faire triompher.

L'Administration pouvant donc légalement agir ou ne pas agir en faveur des particuliers, son inertie ne peut pas être critiquée devant le juge, alors même qu'on peut supposer qu'elle ne résulte que d'erreur ou de négligence.

II. *Y a-t-il des cas où l'inaction de l'Administration peut cependant être l'objet d'un recours.* — L'affirmation qui termine le développement précédent doit être nécessairement acceptée et les conséquences fâcheuses de l'inaction de l'Administration doivent être subies en raison des

(1) M. Duguit (article cité), nie formellement cette jurisprudence qui est pourtant établie.

(2) Dalloz, 1899, 3, 111.

avantages supérieurs qu'offre en général sa liberté d'action.

Cependant on peut rechercher s'il n'y a pas moyen, au moins exceptionnellement, à la faveur d'une situation particulière, d'attaquer la négligence ou l'erreur, ou la mauvaise volonté de l'Administration, et la forcer à être vigilante et à remplir ses devoirs.

Le problème se ramène à trouver une circonstance où le refus d'agir soit entaché d'illégalité. Il semblerait qu'il fût insoluble, la prérogative administrative en étant la donnée primordiale.

La jurisprudence est cependant arrivée par un chemin assez détourné à trouver une solution qui peut dès maintenant donner quelques satisfactions au public lésé : elle consiste à examiner les motifs de la décision administrative.

Si l'Administration, sollicitée par le public de faire cesser une inexécution du contrat, ne répond pas, ou refuse sans motif, ou donne des motifs tirés de la considération de l'opportunité administrative, sa décision est discrétionnaire et aucun recours n'est possible.

Si, au contraire, elle donne un motif fondé sur une affirmation de droit, niant par exemple l'existence de la clause et le droit du public, il naît au profit de tout intéressé un recours pour excès de pouvoir destiné à faire tomber la décision, si le motif de droit est erroné.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat a admis le recours pour excès de pouvoir contre le refus du ministre d'ordonnancer

une dette de l'Etat, ou le refus du Préfet d'inscrire d'office une dette d'une commune, si ces actes négatifs impliquaient par leurs motifs une négation erronée du droit du requérant (1).

M. Romieu, dans ses conclusions à propos du procès qui nous sert de type, rappelle ces principes et propose de les appliquer au litige. L'affaire comportait en effet une négation par le Préfet du droit du syndicat des propriétaires intéressés. Et comme il estimait que cette négation n'était pas erronée, et résultait d'une exacte application des textes de la matière, il proposait le rejet du recours.

Mais ce contentieux de l'acte discrétionnaire mal motivé soulève deux questions importantes que nous allons maintenant examiner.

1° Comment fera le Conseil d'Etat juge de l'excès de pouvoir si la solution du litige implique l'interprétation d'un contrat de concession?

(1) Voy. Cons. d'Etat, 19 novembre 1886. *Gorgen*. Cet arrêt est motivé de la façon la plus nette : « Sur la fin de non recevoir tirée de ce que la décision du... ne serait pas de nature à être déférée au Conseil d'Etat par la voie contentieuse : Considérant que par la décision attaquée le ministre de l'Intérieur ne s'est pas borné à [faire connaître au sieur... que par suite de la réduction du crédit affecté par le Parlement au traitement des fonctionnaires en non activité, il ne pouvait lui payer son traitement, mais qu'il a contesté le droit lui-même du sieur... au paiement des termes échus dudit traitement ; que, dans ces circonstances, ladite décision ne constitue pas seulement un refus d'ordonnancement qui échapperait à la compétence de la juridiction contentieuse, mais la négation d'un droit qu'il appartenait au requérant de faire valoir devant le Conseil d'Etat par application de la loi du 24 mai 1872 » (Lebon, p. 809. Dalloz, 1888, 3, 22). Pour les inscriptions d'offices, V. Cons. d'Et., 15 janvier 1875, *Larvalde*

2° Quel sera en définitive le résultat utile pour le requérant de la procédure qu'il a engagée ?

1° Le Conseil d'Etat se trouvant en présence d'une requête d'un particulier tendant à faire annuler le refus de l'Administration d'user de ses pouvoirs pour faire exécuter par un concessionnaire une clause du cahier des charges, parce que ce refus a été mal motivé par une négation du droit du requérant, la question se ramène presque toujours à donner une interprétation du cahier des charges.

Or, en vertu de la loi du 28 pluviôse, an VIII c'est le Conseil de Préfecture qui est compétent pour interpréter ces contrats.

Il semblerait donc qu'il n'y eût qu'à appliquer la théorie classique de la question préjudicielle : si le contrat est clair, ou s'il a déjà été interprété par l'autorité juridictionnelle compétente, il n'y a pas à proprement parler d'interprétation à faire et le Conseil d'Etat peut, sans outrepasser sa compétence, en tirer des conséquences de droit. Si le contrat est obscur il doit surseoir à statuer et inviter les parties à faire interpréter la clause litigieuse par le Conseil de Préfecture.

Mais ici se dresse une difficulté. Le Conseil d'Etat jusqu'à présent n'a pas admis qu'en matière d'excès de pouvoir il pût renvoyer une question préjudicielle au Conseil de Préfecture. Cette jurisprudence du Conseil d'Etat aboutit souvent à enlever au requérant tout moyen de faire proclamer son droit. Faut-il l'approuver ? Pour cela, voyons quelles ont été ses manifestations et les motifs qui peuvent la justifier.

La question s'est posée à propos de l'affaire du Syndicat

Croix de Seguey-Tivoli. Le Préfet avait refusé d'agir en disant que l'obligation prétendue de la Compagnie de Tramways n'existait pas par suite d'un remaniement du réseau et des modifications du contrat. Sur cette affirmation juridique, un contentieux pouvait naître, comme nous l'avons vu, mais il comportait essentiellement une interprétation du contrat. M. Romieu soutint dans ses conclusions que le contrat était clair — mais envisageant le cas où il serait obscur, il se prononça pour la possibilité d'un sursis pour question préjudicielle (1), parce que « aucun principe du droit, aucune règle de procédure » ne paraît s'y opposer. Et, en effet, la théorie contraire ne devait pas lui paraître très fondée, puisqu'il ne mentionnait en sa faveur que l'absence de précédents. Un autre commissaire du gouvernement au Conseil d'Etat, M. Teissier, semblait se rallier à l'opinion de M. Romieu dans ses conclusions sur l'affaire Poirier (15 novembre 1907) (2).

(1) « Dans l'état actuel de la jurisprudence on peut soutenir qu'il y aurait lieu de rejeter le recours purement et simplement, parce que vous n'avez jamais eu l'occasion jusqu'ici d'ordonner des sursis pour questions préjudicielles dans les instances en annulation pour excès de pouvoir. Nous serions toutefois tout disposé, quant à nous, à admettre ce sursis quand vous vous trouverez en face d'une espèce où il pourra être utile. Aucun principe de droit, aucune règle de procédure ne nous paraît s'y opposer, et c'est le seul moyen de donner satisfaction aux divers intérêts en présence, à l'usager, puisque le juge pour excès de pouvoir demeurera saisi de son recours au fond et devra y statuer après solution de la question préjudicielle d'interprétation du cahier des charges par le juge du contrat ; aux contractants, puisqu'ils seront appelés à défendre devant le juge du contrat l'interprétation du cahier des charges qu'ils estimeront conforme à leur droit. »

(2) S., 1908, 1, 68 et suiv. En note les conclusions de M. Teissier.

Le Conseil d'Etat n'a pas suivi la voie que lui indiquait M. Romieu. L'arrêt du 21 décembre 1906 s'est borné à rejeter purement et simplement le pourvoi, considérant que « en l'absence d'une décision rendue par la juridiction compétente et donnant du contrat de concession une interprétation différente de celle admise par le Préfet, le syndicat n'est pas fondé à soutenir que le refus qui lui avait été opposé par le Préfet, dans les termes où il a été motivé, est entaché d'excès de pouvoir ».

Quels sont les motifs de cette décision laconique ? Il semble que, plutôt que d'admettre un quasi-déni de justice, le Conseil d'Etat pouvait se rallier à une des trois solutions suivantes :

1° Surseoir pour question préjudicielle.

2° Evoquer lui-même l'interprétation du contrat.

3° Renvoyer la solution de tout le procès au Conseil de Préfecture.

La première solution se déduit normalement des principes et satisfait tout le monde. Le Conseil d'Etat ne l'a pas admise, sans doute parce qu'il estimait qu'il n'avait pas à s'arrêter pour attendre le jugement d'une autorité inférieure à lui, dont il est juge d'appel, et surtout parce que la théorie des questions préjudicielles est née de la séparation des pouvoirs, que l'on a voulu pousser le plus loin possible jusqu'à scinder les procès, mais qui n'a pas à intervenir au sein même d'un ordre de juridiction, où la règle est que l'accessoire suit le principal, que la question d'interprétation suit la question qui fait le fond du procès.

A cela on peut répondre que si, selon une opinion que nous exposerons tout à l'heure, la solution directe de la question d'interprétation par le juge du fond est impossible, rien ne s'oppose, bien que ce ne soit pas la règle ordinaire dans le sein d'un même ordre de juridiction, à ce que l'on renvoie cette question au juge compétent. Si l'accessoire ne peut pas suivre le principal, ce n'est pas une raison pour refuser de le faire juger.

La deuxième solution, du moins, s'imposait à défaut de la première. Si dans un ordre de juridiction l'accessoire suit le principal, pourquoi le Conseil d'Etat, juge du fond, n'évoque-t-il pas la question d'interprétation ! On pourrait répondre négativement en disant que d'abord les justiciables ne doivent pas être privés de l'avantage du double degré de juridiction, et ensuite en invoquant la raison de procédure suivante ; les recours pour excès de pouvoirs sont dispensés du ministère d'avocat ; les pourvois en interprétation, au contraire, comportent obligatoirement ce ministère. Accepter de résoudre une question d'interprétation à propos d'un recours pour excès de pouvoir, ce serait aboutir à un vice de forme, les questions d'interprétation devant être présentées au Conseil d'Etat par des avocats, et ce serait porter atteinte au monopole de ces derniers.

Ce raisonnement ne nous paraît pas très convaincant. Le double degré de juridiction n'est pas un avantage quand on peut aller du premier coup devant la plus haute juridiction qui a le pouvoir en tout cas de dire le dernier mot. Quant au ministère d'avocat, d'autre part, il n'est point néces-

saire pour l'interprétation des textes clairs, et celui qui interprète peut toujours soutenir que le texte est clair, et cette appréciation ne peut pas pratiquement être discutée. Le Conseil d'Etat peut donc faire aux questions préjudicielles la part qu'il veut. On tire ici de l'obligation du ministère d'avocat des conséquences trop éloignées.

En réalité, rien n'empêche le Conseil d'Etat de se livrer aux appréciations nécessaires à la solution du fond du procès ; interprétation, décision sur le fond, tout cela ne forme qu'une seule et même procédure qu'on n'a pas besoin de disséquer par un respect exagéré des compétences et des formes.

La troisième solution est impraticable, le Conseil de Préfecture ne pouvant pas se saisir d'un recours pour excès de pouvoir. Nous avons dit qu'à notre avis il était compétent pour forcer, sur la demande du public, le concessionnaire à s'exécuter, mais ici il ne s'agit pas de cela, mais bien de l'annulation du refus d'agir de l'Administration, sur lequel le Conseil de Préfecture n'a aucun pouvoir d'appréciation.

Nous concluons par cette idée que ni la première ni la deuxième solution ne sont inacceptables ; que la logique commande d'accepter l'une à défaut de l'autre (et la seconde est la meilleure), mais que rien ne pourrait faire approuver le rejet de l'une et de l'autre, à la fois mal fondé en droit et nuisible en fait.

2° Nous venons de montrer que l'action contre le refus d'agir mal motivé en droit de l'Administration, pouvait suivre son cours sans être arrêtée en chemin par une diffi-

culté d'interprétation du contrat. Nous devons maintenant nous demander à quoi elle aboutira et si vraiment elle aura un effet utile pour le public.

Elle pourra tout d'abord avoir cette conséquence de permettre à l'intéressé, après l'annulation, de demander des dommages-intérêts, si les motifs donnés avaient par eux-mêmes créé un préjudice. Mais ce sera exceptionnel. La chose que demande le public, c'est l'exécution de l'obligation qui a été contractée vis-à-vis de lui.

La jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'excès de pouvoir a une tendance, à donner d'une façon toujours plus large, satisfaction à ceux dont elle proclame le droit. La procédure de l'excès de pouvoir se distingue de la procédure du contentieux au fond, notamment par la conclusion à laquelle elle tend, qui est non une sentence qui peut ordonner toutes mesures, délivrer des autorisations, condamner une partie à exécuter ses obligations, mais seulement une sentence d'annulation de l'acte.

L'annulation suffit pour les actes positifs illégaux de l'Administration qui deviennent ainsi inopérants, mais il semble bien que son effet soit illusoire quand il s'agit d'actes négatifs, car ces actes ne nuisent qu'en ce qu'ils proclament l'inertie de l'Administration alors que c'est cette inertie elle-même qu'il s'agit de faire cesser, et qu'il faudrait pour cela que le juge se substitue à l'administrateur, ce que justement il ne peut pas faire.

Cependant le recours pour excès de pouvoir est plus efficace qu'on ne pourrait le croire. On peut dire à propos du

refus de faire un acte administratif ce que M. Romieu, dans ses conclusions à propos de l'affaire jugée par le Conseil d'Etat le 30 novembre 1906, disait à propos du refus d'autorisation : « Si l'annulation d'un refus d'autorisation a en apparence un caractère purement doctrinal, il n'en est pas moins vrai qu'en fait elle aboutit à un résultat pratique : il est bien évident, en effet, que l'Administration à qui vous venez de dire solennellement par arrêt que son refus est illégal, ne pourra se dispenser d'accorder l'autorisation sollicitée, et en fait une résistance de l'Administration en pareil cas ne s'est jamais présentée ». (1)

Mais comme si cette garantie était insuffisante, le Conseil d'Etat va plus loin encore, aussi loin qu'on peut aller sans se substituer à l'Administration : il consent à ajouter à la suite de l'annulation une formule par laquelle *l'intéressé est renvoyé devant l'autorité compétente pour obtenir ce à quoi il a droit*.

Cette innovation est assez récente. M. Teissier, dans son ouvrage sur la responsabilité de la puissance publique, la demandait en ces termes : « D'après les règles de notre droit public, chaque fois que la décision du Conseil d'Etat annulant un acte administratif quelconque implique, pour produire son plein et entier effet, l'accomplissement d'un nouvel acte, le juge ne pouvant que juger et non agir, le renvoi s'impose », et elle était consacrée dans les arrêts du 30 novembre 1906 qui, ne se bornant pas à annuler le refus de

(1) Jacquin, *Rec. Lebon*, p. 863.

dérogação à l'obligation du repos hebdomadaire, ajoutent : « le sieur... est renvoyé devant le Préfet de Police pour qu'il soit à nouveau statué sur sa demande après instruction régulière » (1^{re}, 2^e, 3^e, 4^e, 6^e espèces) ou « le sieur... est renvoyé devant le Préfet... pour délivrance de l'autorisation à laquelle il a droit » (8^e et 9^e espèces).

Si un administrateur refusait de se conformer à l'injonction du juge, il est permis de croire, quoiqu'il n'y ait pas de précédents en ce sens, que ce refus pourrait être considéré comme une faute personnelle mettant en jeu sa propre responsabilité, ou comme une faute administrative mettant en jeu la responsabilité de la personne publique.

L'annulation du refus d'agir est donc pratiquement équivalente à une condamnation de l'Administration à agir. C'est donc bien, semble-t-il, le résultat que nous cherchions.

Il n'en est cependant pas ainsi. La jurisprudence que nous venons d'exposer, avec ses conséquences extrêmes, ne se manifeste qu'à propos des actes de l'Administration auxquels les requérants ont droit. Un commerçant qui se trouve dans les conditions définies à l'article 2 de la loi du 13 juillet 1906 a *droit* à obtenir une dérogation à l'obligation du repos hebdomadaire, pour lui donc la procédure de l'annulation pourra être féconde. Mais, nous nous le rappelons, les pouvoirs de l'Administration sur les concessionnaires sont des pouvoirs discrétionnaires. Le public *n'a aucun droit à ce qu'ils soient utilisés*. Nous n'avons admis qu'on pût les attaquer que dans leurs motifs quand ils étaient erronés en droit. L'annulation du refus d'user

de ces pouvoirs ne peut donc être prononcée qu'à raison des motifs, et non parce que ce refus est illégal en soi. De sorte que si l'Administration renouvelle ensuite son refus en le motivant autrement, ou sans le motiver, il sera cette fois inattaquable.

Ainsi dans l'affaire du syndicat Croix de Seguey-Tivoli, si le Conseil d'Etat, passant outre à l'interprétation du contrat, avait reconnu que le Préfet s'était trompé et que le public du quartier intéressé avait bien le droit de posséder la ligne contestée, il aurait annulé l'arrêté du Préfet. Mais il n'aurait pas pu lui ordonner d'user de ses pouvoirs sur la Cie des Tramways, car le Préfet pouvait s'y opposer sans motifs ou pour des motifs d'opportunité administrative.

Il est impossible d'échapper à cette conclusion dans la presque totalité des cas.

Tout au plus pourrait-on imaginer un cas où les intéressés pourraient réussir à forcer l'Administration à l'action ; ce serait le suivant. Un motif de droit erroné ayant été donné, l'acte attaqué est annulé, mais il résulte du dossier que le refus avait été dicté par la considération d'intérêts particuliers et nullement par le souci d'une bonne administration. Alors il semble bien que l'acte, qui tient son caractère discrétionnaire de l'existence, dans le rôle de l'Administration, d'une gestion des intérêts généraux supérieure à la gestion des intérêts du public dans l'exécution d'un service public particulier, devienne l'objet d'un droit pour le public par le seul fait de la disparition du premier

de ces éléments, et que, dans ces conditions, le juge puisse en ordonner l'exécution. Dans un pareil cas le détournement de pouvoir s'unissant à l'erreur de droit, les considérations d'opportunité étant écartées, subsiste l'obligation pour l'Administration de faire respecter les droits qu'elle a créés pour les tiers, car on ne peut pas admettre qu'elle y résiste par pure mauvaise volonté.

Mais pourrait-on voir dans cette vague possibilité une véritable voie contentieuse ouverte au public? Non. Le public ne peut pas dépendre, pour la défense de son droit, de tant de contingences : le seul fait de l'absence de motifs le désarme, car si le fonctionnaire compétent a eu la négligence ou l'adresse d'éviter de motiver sa décision, celle-ci est inattaquable ; même en présence de motifs faux, il faut que le public prouve par surcroît le fait du détournement de pouvoir pour pouvoir demander que le juge donne ordre à l'Administration d'agir ; et encore faudrait-il, pour qu'en des circonstances si rares une telle jurisprudence s'établît, que le caractère prétorien de la jurisprudence du Conseil d'Etat se manifestât d'une façon particulièrement éclatante, car il n'est pas facile de rendre obligatoire, même dans certains cas, un acte arbitraire de sa nature !

CONCLUSION

La stipulation au profit des tiers, disions-nous dès le début de cette étude, est un instrument excellent du progrès. Il s'est montré tel dans le droit civil, où son utilisation s'est imposée malgré les textes et les principes juridiques contraires d'origine romaine. Dans ce domaine où il a servi à créer des institutions éminemment utiles, comme l'assurance au profit d'un tiers, il a servi aussi, comme nous nous sommes attachés longuement à le montrer, à faire obtenir à des collectivités particulièrement intéressantes, aux ouvriers des entrepreneurs de Travaux publics, des avantages qu'on ne pourrait que féliciter les particuliers de donner à ceux qu'ils emploient.

Mais en droit privé l'usage de ce mécanisme était encore limité. En droit public, au contraire, il devient un véritable moyen d'administration, puisqu'il assure la marche des services publics concédés au profit du public. Nous avons consacré notre seconde partie à étudier cette stipulation au profit du public dont nous nous sommes tout d'abord efforcés de démontrer qu'elle ne relève pas des règles du droit civil, mais de celles du droit administratif.

Et le point le plus intéressant de cette étude, après avoir

fait la séparation nécessaire entre deux domaines distincts était assurément de chercher comment la stipulation pouvait avoir pour les bénéficiaires, c'est-à-dire pour le public, le maximum d'effet utile et compatible avec une bonne administration. Cette recherche comportait des difficultés et des nouveautés qui la rendaient attrayante.

Du point de vue des relations entre la personne publique stipulante et le concessionnaire promettant, nous avons tâché de montrer que non seulement la première pouvait user des sanctions prévues au contrat ou accordées par le juge pour inexécution des promesses de son co-contratant, mais encore qu'elle pouvait le contraindre à exécuter vis-à-vis des bénéficiaires ou à les indemniser, car c'est la fonction de l'Administration de prendre en main les intérêts du public, et si elle peut stipuler à son profit, elle peut aussi plaider à son profit. Une jurisprudence mal fixée, une doctrine hésitante, ne permettent pas de dire que ce résultat soit juridiquement impossible.

Du point de vue des relations entre le public bénéficiaire et le concessionnaire promettant, nous avons établi le droit du public et nous avons cherché les moyens directs qu'il peut posséder pour le faire valoir. Pour les tarifs, la jurisprudence les avait déjà créés et la difficulté, pour eux, n'était que d'expliquer la compétence judiciaire à laquelle ils ressortissent, ce que nous avons pu faire en définissant le caractère purement privé du contentieux auquel ils donnent lieu le plus souvent. Pour les stipulations autres que les tarifs, nous avons pensé qu'il fallait admettre,

devant les tribunaux administratifs, l'existence d'une action du membre du public tendant à faire condamner le promettant à remplir ses engagements ou à payer indemnité. Sur ce dernier point, il est vrai, nous n'avons trouvé aucune construction jurisprudentielle ou doctrinale qui pût nous fournir un appui.

Enfin, au point de vue des relations entre le public bénéficiaire et la personne publique promettante, nous avons cherché si une action était donnée au premier pour forcer la seconde à user de ses pouvoirs pour l'exécution du contrat. Si cette action avait pu être admise, les garanties du public se seraient élevées au maximum, puisque, de quelque biais qu'on pût se placer, il existait un moyen de coercition tendant à l'exécution de la stipulation pour le public. Mais nous n'avons pu arriver à un pareil résultat et nous nous sommes heurtés au caractère discrétionnaire de l'action administrative.

Pour que le recours pour excès de pouvoir contre l'inertie de l'Administration pût donner des résultats, il faudrait abandonner les avantages de la liberté d'appréciation de l'Administration. On y a fait brèche dans certains cas déterminés, dans lesquels un intéressé a un droit personnel à obtenir une autorisation individuelle de police. Nous ne savons pas où entraînerait l'abandon du principe dans une matière si vaste, si étatique, que celle des services publics. Il est douteux que la jurisprudence puisse le réaliser par ses propres forces, et en tout cas telle n'est pas sa tendance.

Et puisque nous avons proposé que chaque membre du public pût actionner le service public dans le but de l'exécution des clauses du cahier des charges stipulées pour le public, il nous semble inutile autant qu'il est, en l'état actuel du droit, impossible, d'ajouter à cette garantie un droit de forcer l'administration à l'action, droit qui est contraire à la tradition et peut-être même à l'intérêt général.

Nous ne nous flattons pas d'être parvenu à faire l'œuvre à la fois pratique et logique que doit être la solution d'un problème juridique. Ce serait peut-être trop beau d'arriver à des conclusions souhaitables en fait sans faire le moindre accroc à quelque plus ou moins authentique principe. C'est de quoi, tout au moins, on tâche de s'approcher.

Vu : le Président de la thèse,

MARC SAUZET.

Vu,

Le Doyen,

Ch. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur

de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

LISTE DES OUVRAGES CONSULTÉS

Ouvrages généraux.

- LAMBERT. — *La stipulation pour autrui, Thèse*, Paris, 1893, 1 vol. in-8°.
- CHAMPEAU. — *La stipulation pour autrui, Thèse*, Paris, 1893, 1 vol. in-8°.
- SALEILLES. — *De la déclaration de la volonté*, Paris, 1901, 1 vol. in-8°.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, 1902, tome II, in-8°.
- COLSON. — *Cours d'Economie Politique*, 1901-1905, Paris, tome I, in-8°.
- » *Abrégé de la législation des chemins de fer et des tramways*,
2^e édit., Paris, 1905, 1 vol. in-8°.
- DUGUIT. — *Etudes du Droit public*, tome II, *l'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris, 1903, in-8°.
- LAFFERRIÈRE. — *Traité de la Juridiction administrative*, 2^e édit., 1896, 2 vol. in-8°, Paris.
- HAURIOU. — *Précis de Droit administratif*, 6^e édition, 1907, 1 vol. in-8°, Paris.
- BERTHÉLEMY. — *Traité élémentaire du Droit administratif*, 2^e édition, 1902, 1 vol. in-8°, Paris.
- AUCOC. — *Conférences de Droit administratif*, 1878-1882, Paris, 3 vol. in-8°, tome III (tarifs).
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de Droit commercial*, 1899, Paris, tome III (tarifs).
- PICARD. — *Traité des eaux*, 1890-1894, Paris, tome I, p. 168, in-8°.
- » *Traité des chemins de fer*, Paris, 1887, 4 vol., tome IV, in-8° (tarifs).
- PORÉE et CUMNOT. — *Des entreprises des travaux publics soumises aux clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées*, Paris, 1901, 1 vol. in-8°.
- CHRISTOPHE. — *Traité des travaux publics*, Paris, 1889-1890, 2 vol. in-8°.
- DALLOZ. — *Jurisprudence générale*.
- SIREY. — *Recueil de jurisprudence*.
- Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Recueil Lebon).*
- Ouvrages, articles, discours ou notes de jurisprudence sur les stipula-*

- tions en faveur de tiers qui ne constituent pas le public (stipulations de droit civil).
- OUBERT. — *Des conditions du travail dans les adjudications de travaux publics*, Thèse, Dijon-Paris, 1900, in-8°.
- LOUVARD. — *La protection des salaires dans les marchés de fournitures et de travaux publics*, Paris, 1901, 1 vol. in-8°.
- LAMBEAU. — *Les conditions du travail dans les chantiers communaux* (monographies municipales), Paris. Imprimerie municipale, 1896, 1 vol. in-8°.
- LE VASSEUR DE PRÉCOURT. — *Conclusions sur affaire des conditions du travail de la Ville de Paris*, S, 1892, 3, 87. Lebon, 1890, p. 316-324.
- BEAUREGARD. — Article *Monde Economique*, 8 juillet et 19 août 1889, et discours à la Chambre des députés, 4 juillet 1899. Débats parlementaires Chambre, 1399, II, p. 665 et suiv.
- TEISSIER. — *Conclusions sur affaire Poirier*, 15 novembre 1907. S. 1908, 1, 68.
- Ouvrages, articles ou notes de jurisprudence sur les stipulations en faveur du public* (stipulations de nature administrative).
- Note sous arrêt *Adenis*. S. 190 1, 185.
- SAINTELETTE. — Article « Des contrats d'utilité publique ». *Revue de droit international et de législation comparée*, 1888, p. 425 et suiv.
- LABBÉ. — Note au *Sirey* sous l'arrêt de la *Ville de Mons*, S. 1889, 4, 3.
- JÈZE. — Article *Revue de Droit public*, 1907, p. 678.
- DUGUIT. — Article *Revue de Droit public*, 1907, p. 411.
- HAURIU. — Note sous arrêt, *Syndicat du quartier Croix de Seguey Tivoli*, S. 1907, 3, 33.
- ROMIEU. — Conclusion sur affaire *Syndicat du quartier Croix de Seguey Tivoli*. *Recueil Lebon*, p. 961 et suiv.
- TEISSIER. — Conclusion sur affaire *Poirier*. S, 1908, 1, 68.
- DEREUX. — « De la nature juridique des tarifs de chemin de fer », Thèse, Paris, 1906, 1 vol. in-8°.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
------------------------	---

LIVRE PREMIER

Les stipulations pour autrui de droit commun.

CHAPITRE I. — Règles du droit commun.	5
CHAPITRE II. — Application dans les contrats administratifs de la stipulation pour autrui de droit commun.	18
Section I. — Stipulations en faveur des ouvriers et employés des entrepreneurs et des fournisseurs de Travaux publics.	19
§ 1. — Clauses qui ont pour but de garantir le paiement des ouvriers.	21
A. — Interdiction des sous-traités	21
B. — Décision ministérielle autorisant les sous-traitants à prendre la suite d'une entreprise à condition qu'ils seraient substitués.	25
C. — L'entrepreneur ne recevra le solde de son entreprise qu'en justifiant qu'il ne doit plus rien à ses ouvriers et fournisseurs.	26
D. — Paiement au moins mensuel des ouvriers.	30
§ 2. — Clauses qui ont pour but de garantir les ouvriers contre les risques d'accidents ou de maladie.	30
§ 3. — Les Conditions du Travail.	35
A. — Controverse économique sur les conditions du travail accordées aux ouvriers de l'Etat.	37
B. — De l'introduction des conditions du travail dans les cahiers des charges d'adjudication avant 1899.	41

1 ^o Les conditions du Travail et l'Etat.	41
2 ^o Les conditions du Travail et la Ville de Paris.	43
3 ^o Appréciation de la légalité des conditions du travail avant 1899.	60
C. — Les Décrets de 1899.	74
1 ^o Historique. Légalité.	74
2 ^o Etude des Décrets de 1899.	79
3 ^o Portée des Décrets de 1899.	88
Section II. — Stipulation pour autrui du droit commun dont sont bénéficiaires des personnes autres que les ouvriers et employés.	93
1 ^o Le quart de place militaire.	93
2 ^o Emplois civils pour les sous-officiers, caporaux et soldats rengagés.	96
3 ^o Autre exemple de stipulation en faveur des militaires	97
4 ^o Législation des eaux.	98
CHAPITRE III. — Contentieux des stipulations pour autrui du droit commun employées dans les contrats administratifs.	101
§ 1. — Actions qui tendent directement à l'exécution de la sti- pulation ou à des dommages-intérêts pour sa non exécution.	102
A. — Action du tiers bénéficiaire.	102
B. — Action du stipulant.	106
§ 2. — Actions qui tendent indirectement à l'exécution des sti- pulation.	107
§ 3. — Actions qui tendent à faire reconnaître l'illégalité de la stipulation	110
A. — Action du Promettant.	110
B. — Action des tiers évincés d'une adjudication publique.	110

LIVRE II

Des stipulations en faveur du public.

Préliminaires.	113
A. — Exemples et distinction principale.	114
B. — Questions soulevées. Leur intérêt.	122
C. — Division.	126

TITRE I

De la nature juridique des stipulations pour
le public et de ses conséquences immédiates

CHAPITRE I. — De la nature juridique des stipulations pour le public.	124
§ 1. — Caractère contractuel.	124
§ 2. — Caractère proprement administratif.	128
A. — Différences avec la stipulation pour autrui du droit commun.	130
B. — Différences avec la représentation.	132
C. — Différences avec la gestion d'affaires.	134
D. — Conclusion.	135
CHAPITRE II. — Des conséquences immédiates de la nature administrative des stipulations pour le public.	140
§ 1. — Conséquences relatives à la compétence.	140
A. — Exclusion de l'idée des contrats individuels	140
B. — Justification de la compétence administrative. Jurisprudence	143
§ 2. — Conséquences relatives aux règles de fond.	159

TITRE II

Rapports juridiques qui dérivent des stipulations pour
le public.

CHAPITRE I. — Rapports entre le stipulant et le promettant . . .	166
CHAPITRE II. — Rapports entre le promettant et les Bénéficiaires. .	180
Section I. — Du droit du public.	180
§ 1. — Valeur de l'intervention administrative.	180
§ 2. — Critiques de diverses théories sur le droit du public. .	183
§ 3. — Le droit du public prend sa source dans la stipulation pour le public.	196
§ 4. — Titulaires du droit.	202

§ 5. — Jurisprudence.	203
§ 6. — Révocation.	205
Section II. — Comment le public peut faire valoir son droit. . .	206
§ 1. — De l'existence d'une action.	206
§ 2. — Contentieux des stipulations pour le public autres que les tarifs.	209
§ 3. — Contentieux des tarifs.	221
A. — Nature juridique des tarifs.	
Diverses théories et leurs conséquences immédiates. . .	223
B. — Des tribunaux compétents en matière de tarifs. . . .	239
C. — Questions diverses concernant les tarifs.	245
§ 4. — Procédé exceptionnel qui est à la disposition du public pour faire valoir son droit.	251
CHAPITRE III. — Rapports entre le stipulant et le public bénéficiaire.	253
§ 1. — Recours en annulation de la stipulation pour le public.	254
§ 2. — Du recours du public contre les actes positifs de l'Admini- stration contraires à la stipulation pour le public.	255
§ 3. — Du recours du public contre le refus de l'Administra- tion de faire exécuter la stipulation.	258
CONCLUSION.	279
LISTE DES OUVRAGES CONSULTÉS	283

